

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne - Recommandations relatives à la mise en oeuvre de l'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information

Demoulin, Marie; Montero, Etienne

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Demoulin, M & Montero, E 2002, *Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne - Recommandations relatives à la mise en oeuvre de l'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information: Rapport au Ministère des affaires économiques..*

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



LE TRAITEMENT DES OBSTACLES FORMELS AUX CONTRATS EN LIGNE

**Recommandations relatives à la mise en œuvre de
l'article 17 du projet de loi sur certains aspects
juridiques des services de la société de l'information**

Marie DEMOULIN

avec la collaboration et sous la direction du professeur
Étienne MONTERO

15 octobre 2002

SOMMAIRE

Avant-propos	3
Introduction	8
Partie I. Analyse de l'article 17 du projet de loi.....	11
Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO	
I. LA CLAUSE TRANSVERSALE GÉNÉRALE (art. 17, § 1^{er}).....	12
II. LES CLAUSES TRANSVERSALES PARTICULIÈRES (art. 17, § 2)	37
III. LA DÉLÉGATION AU ROI (art. 17, § 3).....	47
Partie II. Analyse des dispositions législatives et réglementaires de la compétence du Ministre des Affaires économiques	51
Marie DEMOULIN avec la collaboration d'Étienne MONTERO	
I. DÉTERMINATION DES DISPOSITIONS RELEVANT DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI	52
II. EXAMEN AU REGARD DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI.....	62
III. PROPOSITION DE MODIFICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DE LA COMPÉTENCE DU MINISTRE DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES	119
Partie III. Arrêté royal portant adaptation de diverses dispositions législatives et réglementaires constituant un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.....	126
A. RAPPORT AU ROI	127
B. ARRÊTÉ ROYAL	135
Table des matières	139

AVANT-PROPOS

*“Formalisme ne signifie pas forme compliquée,
mais forme impérative, c’est-à-dire imposée,
sans équivalent possible (...)”*

J. FLOUR *

L’adoption de l’article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l’information constituera sans conteste une étape décisive dans la promotion du commerce électronique. En effet, la reconnaissance, par le législateur belge, de la théorie des équivalents fonctionnels ouvrira largement la porte à la conclusion de contrats dans des environnements électroniques ouverts.

La citation reproduite en exergue suggère combien l’approche choisie est audacieuse et novatrice. A vrai dire, elle représente rien moins qu’une petite révolution dans notre droit. S’il est naturellement trop tôt pour apprécier l’impact de cette réforme, l’on peut gager qu’elle ne manquera pas de susciter diverses interrogations et difficultés, comme en témoigne déjà notre propre recherche.

Aussi cette étude a-t-elle été réalisée avec circonspection.

Toute autre attitude eut été imprudente tant le défi était de taille, le domaine d’investigation vaste et les principaux outils conceptuels d’analyse non encore éprouvés.

Le *défi* était d’identifier les voies et moyens de restituer dans un univers “dématérialisé” chacune des garanties issues des règles de forme façonnées, pour la plupart, dans une culture du papier.

Le *domaine couvert* était l’ensemble des lois et arrêtés d’exécution relevant de la compétence du Ministère des Affaires économiques.

* J. FLOUR, “Quelques remarques sur l’évolution du formalisme”, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9.

Quant aux *outils d'analyse*, l'on songe surtout aux clauses transversales générale et particulières consacrées par l'article 17, §§ 1^{er} et 2, de la loi en projet. L'exercice a largement consisté à tester l'efficacité de ces clauses, en évaluant, tour à tour, chacune des formalités éparses dans les textes, au regard de celles-ci.

Il est donc entendu que le rapport ne prétend aucunement proposer des conclusions fermes et définitives. Il doit être reçu et lu comme une somme de réflexions, d'essais de raisonnement, de suggestions... qui appellent des réactions et invitent à la discussion. Il va sans dire que des raisonnements sont nécessairement colorés et des solutions orientées en fonction d'un certain nombre de choix de politique juridique. A cet égard, il y a naturellement place, çà et là, pour des opinions contrastées et des controverses qu'il appartient au législateur de trancher.

Comme convenu, nous avons également rédigé un projet d'arrêté royal qui pourrait être adopté sur la base de l'article 17, § 3, de la future loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

En outre, nous avons formulé une série de recommandations concernant des modifications à opérer dans divers textes légaux ou réglementaires. Dans la mesure où ces dernières ne visent pas à lever de réels obstacles juridiques à l'utilisation des réseaux pour contracter, elles ne pouvaient se justifier au titre de la délégation au Roi contenue dans l'article 17, § 3. Elles poursuivent, en réalité, divers autres objectifs, tels que le souci d'améliorer la protection du consommateur sur les réseaux numériques ou de gommer des incohérences dans les textes.

Étienne MONTERO

LISTE DES ABRÉVIATIONS RELATIVES AUX PRINCIPAUX TEXTES EXAMINÉS

Lois

- AT = loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992.
- BDM = loi uniforme Benelux du 25 octobre 1966 en matière de dessins ou modèles, approuvée par la loi du 1^{er} décembre 1970, *M.B.*, 29 déc. 1973.
- BM = loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 sur les marques, approuvée par la loi du 30 juin 1969, *M.B.*, 14 oct. 1969.
- BI = loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985.
- CA = loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurance, *M.B.*, 29 juil. 1975.
- CC = loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juil. 1991.
- CE = loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 11 oct. 1991.
- CH = loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992.
- CM = loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993.
- IC = loi du 29 juin 1975 relative aux implantations commerciales, *M.B.*, 1^{er} janv. 1975.
- LPC = loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.
- RC = loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 déc. 1989.
- RCD = loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis, *M.B.*, 31 juil. 1998.
- RM = loi du 16 juin 1970 sur les unités, étalons et instruments de mesure, *M.B.*, 2 sept. 1970.
- RP = loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, *M.B.*, 24 janv. 1945.
- SC = loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des consommateurs, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.
- SE = loi du 20 oct. 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 déc. 2000.
- SESC = loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 sept. 2001.
- SSI = projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.
- TEF = loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds, *M.B.*, 17 août 2002.
- TS = loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ("timesharing"), *M.B.*, 30 avril 1999.
- TSC = loi du 10 janvier 1990 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs, *M.B.*, 26 janv. 1990.
- VAT = loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent transfrontaliers, *M.B.*, 9 fév. 2000.
- VO = loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

Arrêtés royaux

- ARAI = AR du 24 décembre 1992 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples, *M.B.*, 31 déc. 1992.
- ARAIC = AR du 25 février 1992 relatif aux demandes d'agrément et d'inscription visées aux articles 74 et 77 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 24 mars 1992.
- ARAPJ = AR du 12 octobre 1990 relatif à l'assurance protection juridique, *M.B.*, 8 nov. 1990.
- ARAT = AR du 24 décembre 1992 portant exécution de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 31 déc. 1992.
- ARCA = AR du 25 août 1992 relatif à l'adaptation des contrats d'assurances et autres documents d'assurances à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 11 sept. 1992.
- ARCH = AR du 5 février 1993 portant diverses dispositions d'exécution de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 24 fév. 1993.
- ARCM = AR du 11 juin 1993 relatif à l'enregistrement des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 25 juin 1993.
- ARCO2 = AR du 5 septembre 2001 concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO2 à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation de voitures particulières neuves, *M.B.*, 12 oct. 2001.
- ARDN = AR du 23 mars 1993 relatif aux demandes et notifications visées aux articles 6 et 7 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 31 mars 1993.
- ARDPC = AR du 20 novembre 1992 relatif au traitement des données à caractère personnel en matière de crédit à la consommation, *M.B.*, 11 déc. 1992.
- ARIFV = AR du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 3 janv. 2001.
- ARNC = AR du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises visées à l'article 12 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 31 mars 1993.
- ARPBC = AR du 30 juin 1996 relatif à l'indication du prix des produits et des services et au bon de commande, modifié par l'AR du 7 février 2000, *M.B.*, 30 juil. 1996.
- ARRC = AR du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 3 fév. 1993.
- ARRCVP = AR du 12 janvier 1984 déterminant les conditions minimales de garantie des contrats d'assurance couvrant la responsabilité civile extra-contractuelle relative à la vie privée, *M.B.*, 31 janv. 1984.
- ARSC = AR du 8 janvier 1962 fixant les conditions d'agrégation des groupements nationaux de sociétés coopératives et des sociétés coopératives, *M.B.*, 19 janv. 1962.
- ARSFH = AR du 23 mars 1995 relatif à l'indication des tarifs des services financiers homogènes, tel que modifié par l'AR du 1^{er} mars 1998 et par l'AR du 10 octobre 2000, *M.B.*, 26 avril 1995.
- ARTIC = AR du 27 avril 1993 relatif au règlement transactionnel des infractions à la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 22 mai 1993.

ARTILPC = AR du 27 avril 1993 relatif au règlement transactionnel des infractions à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 22 mai 1993.

ARTS = AR du 5 octobre 2000 relatif à l'inscription des vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, *M.B.*, 7 nov. 2000.

ARVAD = AR du 6 septembre 1993 portant des modalités particulières pour la vente à distance de certains produits ou catégories de produits, *M.B.*, 5 oct. 1993.

ARVAN = AR du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, *M.B.*, 9 août 2000.

INTRODUCTION

L'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après "le projet de loi") dispose que :

"§ 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer :

- que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ;*
- que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ;*
- que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.*

§ 3. En outre, le Roi peut, dans les 18 mois de l'entrée en vigueur de la présente loi, adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1^{er} et 2.

Les modifications prises par arrêté royal en vertu de l'alinéa 1^{er} sont abrogées lorsqu'elles n'ont pas été confirmées par la loi dans les quinze mois qui suivent la publication au Moniteur belge de l'arrêté royal."

L'article 17 du projet de loi vise à transposer l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique¹, qui impose aux Etats membres de veiller "à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique" et "notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique".

A cette fin, les Etats membres doivent procéder à une adaptation de leur législation contenant des exigences, notamment de forme, susceptibles d'entraver directement ou indirectement la conclusion de contrats par voie électronique. Le considérant n° 34 de la directive précise que cet ajustement doit être opéré par un examen *systématique* de la législation relative à

¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), *J.O.C.E.*, 17 juillet 2000, n° L 178, p. 1.

l'ensemble du *processus contractuel*. Les travaux préparatoires de la directive sont très clairs à cet égard : les Etats membres doivent faire cet examen *de manière qualitative*, ce qui veut dire qu'ils ne peuvent se contenter de modifier dans la réglementation des mots clés (par exemple 'papier'), mais doivent identifier tout ce qui en pratique peut empêcher l'utilisation 'effective' des contrats électroniques². Ainsi, les Etats membres doivent, notamment, supprimer les dispositions qui interdisent ou limitent manifestement l'utilisation de la voie électronique pour contracter et adapter les exigences de forme qui ne peuvent être remplies par voie électronique ou qui créent une insécurité juridique dans la mesure où il n'est pas certain qu'elles puissent être appliquées au contrat électronique³.

Il convient de noter que "la directive sur le commerce électronique n'oblige pas nécessairement de supprimer les exigences de forme, mais de faire en sorte que celles-ci – qui poursuivent divers objectifs – puissent également être satisfaites par voie électronique"⁴. En effet, selon le considérant n° 35, "la présente directive n'affecte pas la possibilité pour les Etats membres de maintenir ou d'établir pour les contrats des exigences juridiques générales ou spécifiques qui peuvent être satisfaites par des moyens électroniques (...)".

Afin de transposer les exigences de l'article 9, § 1^{er}, de la directive, l'approche adoptée à l'article 17 du projet de loi consiste à combiner, d'une part, l'adoption de plusieurs clauses transversales, concernant les formalités les plus classiques (§§ 1^{er} et 2), d'autre part, une délégation au Roi pour adapter, au cas par cas, les dispositions où subsisterait un obstacle non visé par l'une des clauses transversales (§ 3). "De la sorte, le projet permet d'aboutir à une solution adéquate et équilibrée, tenant compte, d'une part, des impératifs de sécurité juridique et de faisabilité du système adopté, d'autre part, de la difficulté de la tâche en raison notamment du court délai de transposition de la directive"⁵.

Afin de mettre en œuvre l'article 17, § 3, du projet de loi, la présente étude vise à dégager, dans l'ensemble de la législation relevant du Ministre des Affaires économiques, les obstacles subsistant à la conclusion de contrats par voie électronique.

Dans cette optique, il convient, dans un premier temps, d'apprécier la portée de l'article 17, pour déterminer, dans un second temps, les formalités qui seraient susceptibles d'échapper aux clauses transversales et qui nécessiteraient donc une adaptation par le Roi.

² Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 26.

³ Voy. les exemples énumérés dans le commentaire article par article de la proposition de directive, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁴ Voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", in *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199.

⁵ Voy. le commentaire de l'article 17 du projet de loi relatif à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, p. 50.

La première partie de l'étude opère ainsi une analyse des clauses transversales et des contours précis de la délégation au Roi. La deuxième partie procède à un relevé systématique des différentes formalités exigées par les lois et arrêtés royaux de la compétence du Ministre des Affaires économiques. Chaque formalité est analysée à la lumière des clauses transversales, afin de déterminer si ces dernières suffisent ou non à lever les éventuels obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. Suite à cet examen, l'étude débouche enfin sur un avant-projet d'arrêté royal portant adaptation de diverses dispositions législatives et réglementaires constituant un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

PARTIE I.

ANALYSE DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI

Marie DEMOULIN
Étienne MONTERO

PARTIE I. ANALYSE DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI

Avertissement : afin d'illustrer au mieux la portée de l'article 17 du projet de loi, la présente partie repose sur une large gamme de textes législatifs et réglementaires, au-delà de la compétence du Ministre des Affaires économiques.

L'article 17 est divisé en trois paragraphes :

- le § 1^{er} énonce une clause transversale à caractère général, relative à l'exigence de forme au sens large (I) ;
- le § 2 énonce trois clauses transversales particulières, relatives aux trois formalités les plus classiques, à savoir l'exigence d'un écrit, d'une signature ou de mentions manuscrites (II) ;
- le § 3 donne délégation au Roi afin d'opérer les modifications spécifiques à mesure que serait relevé un obstacle, non visé par l'une ou l'autre des dispositions transversales, à la conclusion de contrats par voie électronique (III).

I. LA CLAUSE TRANSVERSALE GÉNÉRALE (art. 17, § 1^{er})

L'article 17 du projet de loi s'ouvre sur une clause transversale générale, libellée comme suit : *“§ 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées”*.

Les exigences de forme, nombreuses et variées quant à leur objet et leur finalité (A), ne sont soumises à cette disposition que dans la mesure où, d'une part, elles n'appartiennent pas à des catégories de contrats exclues du champ d'application de l'article 17 par l'article 18 du projet de loi (B), d'autre part, elles sont relatives au “processus contractuel” (C). Ce premier tri opéré, il conviendra d'examiner si telle formalité requise par la loi est constitutive d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique pour contracter (D) et, le cas échéant, de tenter d'y remédier en adoptant une “approche fonctionnelle” de la formalité en question (E).

A. Typologie des exigences de forme

La notion d'exigence de forme envisagée par la clause transversale générale est susceptible de s'étendre, de manière extrêmement large, à une grande diversité de formalités entourant la vie du contrat. Afin de démêler cet écheveau, deux sortes de classifications peuvent être opérées : l'une en fonction de l'objet à travers lequel le formalisme se manifeste, l'autre en fonction de la finalité générale qu'il poursuit.

1. Classification des formalités en fonction de leur objet

En matière contractuelle, on peut distinguer, du point de vue de leur objet, quatre types de formalités⁶ : les exigences relatives au support, celles relatives à la localisation et à la présence des parties, celles requérant l'implication de tiers et enfin celles nécessitant la remise de la chose qui fait l'objet du contrat.

a) Exigences relatives à l'écrit et à son support

Une des formalités les plus fréquemment exigée est la rédaction d'un *écrit*, sous seing privé ou authentique, parfois même sous forme *manuscrite*. Notons que l'exigence d'un écrit peut également être implicite. C'est le cas, notamment, lorsque la loi requiert une *signature* ou l'insertion dans le contrat de *mentions particulières* à titre d'information.

Il arrive que la loi précise sur quel support l'écrit doit se matérialiser : dans une *lettre*, au recto de la première *page*, sur un *support durable*, sur un *support matériel*. Par ailleurs, l'emploi d'un certain type de *document* peut parfois être requis : un *bon de commande*, une *brochure*, un *formulaire*, un *prospectus*, un *avenant*, une *lettre recommandée à la poste*, etc. Dans certaines hypothèses, le document doit être réalisé en *plusieurs exemplaires*, et la production d'une *copie*, le cas échéant *certifiée conforme*, est exigée.

b) Exigences relatives à la localisation et à la présence des parties

La loi exige parfois que certains contrats soient conclus dans des lieux précis : *locaux exclusivement destinés à cet usage*, *points de vente*, *établissements*, *salles de vente*, *locaux où des produits identiques étaient habituellement mis en vente*, etc.

Par ailleurs, certaines notifications doivent être faites à des lieux déterminés : à la *dernière adresse connue*, à la *résidence principale*, au *siège d'exploitation*... Inversement, il est parfois interdit de faire parvenir une offre au consommateur à son *domicile*, à sa *résidence* ou sur son *lieu de travail*.

La réglementation des prix stipule que le prix doit être indiqué *sur le produit*, sur son emballage ou *à proximité immédiate* de celui-ci, ce qui constitue une exigence relative à la forme que doit revêtir l'offre. De même, la réglementation de l'étiquetage des produits stipule que les mentions faisant l'objet de l'étiquetage, les modes d'emploi et les bulletins de garantie sont au moins libellés dans la langue ou les langues de la *région linguistique où les produits ou les services sont mis sur le marché*.

Enfin, la loi peut également exiger la présence des parties. C'est le cas, par exemple, pour la rédaction des actes notariés, pour l'inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit, pour la modification des conventions matrimoniales... On note également que pour la vente de produits en vrac, la loi sur les pratiques du commerce exige qu'ils soient pesés *en présence du consommateur ou par celui-ci*.

⁶ D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, pp. 205-211. Cette classification s'inspire en partie des travaux préparatoires de la directive sur le commerce électronique (voy. le commentaire de l'article 9 de la directive, *op. cit.*, p. 27).

c) Exigences relatives à l'implication de tiers

La loi requiert souvent l'implication de tiers pour des actes "graves" : mariage, adoption, vente immobilière, règlement collectif de dettes, etc. De manière générale, l'implication de tiers est exigée dès qu'il y a rédaction d'un acte authentique.

Ces tiers peuvent être de simples témoins, mais également le juge, le notaire, l'huissier de justice, le greffier, l'officier d'état civil, le receveur de l'enregistrement, le conservateur des hypothèques ou d'autres autorités publiques. Le tiers est ainsi appelé à conseiller les parties, à vérifier la légalité de l'acte, à éviter des contestations ultérieures, à permettre la publicité de l'acte ou la perception de taxes prévues pour certains actes.

d) Exigences relatives à la remise de la chose qui fait l'objet de contrat

L'exigence de remettre la chose (*res*) qui fait l'objet du contrat est une particularité des contrats réels, tels que le gage, le prêt à usage (ou commodat), le prêt de consommation et le dépôt, auxquels il faut ajouter le don manuel.

Traditionnellement, les auteurs considèrent que la remise de l'objet de l'obligation est la condition même de formation des contrats réels. En effet, "l'obligation (...) de conserver et restituer la chose ne peut prendre naissance, et par conséquent le contrat ne peut être formé, tant que la chose n'a pas été livrée"⁷. Certes, la promesse de faire un prêt, de constituer un gage ou de recevoir un objet en dépôt sont "des contrats consensuels valables qui obligent le promettant à exécuter sa promesse et seront convertis, au moment de l'exécution, en un contrat de prêt, de gage ou de dépôt. Cependant, d'après la doctrine classique, ces contrats préliminaires ne doivent pas être confondus avec les contrats définitifs *re* qui leur succèdent lors de la remise de l'objet"⁸.

Notons que cette théorie fait aujourd'hui l'objet de critiques de la part de nombreux auteurs, qui remettent en question le maintien de cette catégorie de contrats et leur condition de formation, considérant le contrat formé dès la rencontre des volontés et la remise de la chose comme le premier acte d'exécution de celui-ci⁹.

2. Classification par finalité

Traditionnellement les auteurs distinguent plusieurs catégories de formalismes, selon la finalité poursuivie¹⁰ : le formalisme requis pour la validité des actes, le formalisme requis

⁷ M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p. 131, n° 119.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Notre propos n'est pas ici d'entrer dans la controverse. Pour un aperçu du débat, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 424, n° 455 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in M. FONTAINE (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 727-729, n°s 46-47 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *op. cit.*, pp. 132-135, n°s 120-121 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil – Obligations*, t. II, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 71 et s., n°s 82-84.

¹⁰ Notre propos se veut ici très général. Pour un examen complet et critique des différents types de formalisme, nous invitons le lecteur à consulter : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, "Journée Jacques Flour sur le formalisme", *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 865-943 ; P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats. Approche de droit comparé", in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 605-691 ; J. FLOUR,

pour la préconstitution de la preuve, le formalisme requis pour la publicité des actes, le formalisme requis pour des raisons fiscales et le formalisme requis à des fins d'information.

Ces différents objectifs peuvent être atteints par les différentes exigences de forme distinguées plus haut. Inversement, il n'est pas rare qu'une même exigence de forme cumule divers objectifs.

a) Le formalisme de validité

Il arrive que la loi entoure la conclusion-même du contrat de certaines formalités, à défaut desquelles celui-ci est frappé de nullité. De tels contrats sont alors qualifiés de solennels, par opposition aux contrats consensuels. En effet, le formalisme de validité constitue une véritable exception au principe du consensualisme, dans la mesure où la seule volonté des parties ne suffit plus à conclure le contrat. L'objectif d'un tel formalisme est généralement de protéger les parties, d'attirer leur attention sur l'acte qu'elles sont en train de conclure, d'éviter toute équivoque quant à son interprétation et d'en faciliter éventuellement la preuve.

Dans le Code civil, ces formalités consistent notamment en l'intervention d'un officier public, la rédaction d'un écrit, authentique ou sous seing privé, la signature, la datation, les mentions obligatoires ou encore l'exigence d'une écriture manuscrite. Ces formalités sont le plus souvent réservées, dit-on, aux "actes graves"¹¹.

Mais on observe, principalement en droit de la consommation et en droit du travail, un phénomène de résurgence du formalisme, avec la multiplication des formalités relatives à la conclusion du contrat : exigence d'un écrit (signé), mais également obligation de faire figurer certaines mentions dans le contrat, sous une certaine forme ou à certains endroits. Dès lors, des auteurs considèrent désormais comme solennels le contrat de crédit à la consommation, le contrat de crédit hypothécaire, le contrat conclu en dehors de l'entreprise du vendeur, le contrat de courtage matrimonial, ou encore les contrats d'intermédiaire et d'organisation de voyages¹².

b) Le formalisme probatoire

Notons que la plupart des formalités requises *ad validitatem* servent également de preuve préconstituée. Mais il est aussi des hypothèses où des formalités sont exigées par le législateur à des fins exclusivement probatoires. Ce formalisme probatoire se distingue du formalisme de validité, d'un point de vue théorique, en ce qu'il ne conditionne nullement l'existence ou la

"Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, pp. 93-114 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, pp. 94-122 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975 ; X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *J.C.P., G.*, I 170, pp. 1767-1775 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, "Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme", *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 497-509 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, *op. cit.*, pp. 125-135.

¹¹ Pour une analyse nuancée de cette affirmation, voy. X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *op. cit.*, pp. 1170-1173, n^{os} 8-14.

¹² Voy. J.-M. TRIGAUX, "L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats", *Ann. dr.*, 1997, pp. 204-213 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ?", in *Hommage à J. Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 534-535.

validité de l'acte juridique¹³. En cas de non-respect des formalités requises *ad probationem*, l'acte est valable, mais ne peut être prouvé s'il est contesté.

Au titre des formalités requises pour la préconstitution de la preuve, l'exemple le plus cité est celui de l'article 1341 du Code civil, qui exige la rédaction d'un écrit, authentique ou sous seing privé, pour tous les actes dépassant la somme de 375 euros. On pense également à l'article 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, qui précise que le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit, quelle que soit la valeur des engagements¹⁴. Notons que parfois le législateur ne précise pas s'il exige un écrit *ad probationem* ou *ad validitatem*. C'est notamment le cas à l'article 123 de la loi relative aux contrats de travail, qui stipule que le contrat d'occupation d'étudiant doit être *constaté* par un écrit¹⁵.

Mais il est d'autres formalités requises *ad probationem* que l'écrit signé. Ainsi, le législateur exige parfois, à des fins probatoires, certaines *mentions manuscrites*¹⁶, ou encore la *datation* du contrat¹⁷. Un autre exemple est fourni par l'article 10, § 3, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui impose à l'assureur de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat d'assurance terrestre, une *copie certifiée conforme* des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir. Cette formalité a pour but de permettre au preneur d'assurance de conserver une trace de ce qu'il a déclaré, au cas où l'assureur invoquerait l'une ou l'autre omission ou inexactitude dans la déclaration initiale¹⁸.

c) Le formalisme de publicité

Le législateur impose parfois diverses mesures de publicité afin de permettre aux tiers intéressés d'avoir connaissance de l'existence de certains actes. En cas de non-respect de ce formalisme de publicité, l'acte est généralement inopposable aux tiers.

Ainsi, on sait que les privilèges¹⁹ et hypothèques²⁰ doivent être inscrits au registre de la conservation des hypothèques pour être opposables aux tiers, et que tous les autres actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, doivent y être transcrits²¹. Mais il est d'autres mesures que la transcription et l'inscription : la notification d'une cession de créance au débiteur cédé et au créancier du cédant²², la

¹³ De nombreux auteurs soulignent toutefois que la distinction entre formes solennelles et formes probatoires est en grande partie artificielle, en se fondant sur l'adage *idem esse non esse aut non probari*. En effet, l'acte qui ne peut être prouvé est pratiquement dépourvu d'efficacité, dans la mesure où son exécution risque de se trouver paralysée. A ce sujet, voy. J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", *op. cit.*, pp. 98-99, n°6 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 109, n° 205, b ; ainsi que les nuances apportées à cette analyse par M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 163-202.

¹⁴ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1996, p. 207, n° 383.

¹⁵ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.

¹⁶ A titre d'exemple, les auteurs citent le plus souvent les articles 970 (testament olographe) et 1326 (formalité du "bon pour") du Code civil. On relève toutefois qu'il s'agit là d'actes juridiques unilatéraux, étrangers à la problématique de la conclusion de contrats par voie électronique visée par l'article 17 (*infra*).

¹⁷ Voy., p. ex., l'art. 10, § 2, AT.

¹⁸ Voy. les art. 5 à 7 AT. A ce sujet, M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 211, n° 392.

¹⁹ Art. 29 et s. de la loi hypothécaire.

²⁰ Art. 81 de la loi hypothécaire.

²¹ Art. 1^{er} de la loi hypothécaire. Pour de plus amples développements sur ces formalités et les actes qui y sont soumis, voy. J. HANSENNE, *Les biens*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, t. II, pp. 491-557.

²² Art. 1690 C. civ.

notification d'une cession de fonds de commerce à l'administration fiscale²³, la notification d'une cession de brevet à l'Office de la propriété industrielle²⁴, etc.

d) Le formalisme fiscal

De nombreux contrats sont par ailleurs soumis à un *formalisme fiscal*, tel que l'enregistrement ou le timbre. L'objectif est d'assurer la perception des impôts établis à l'occasion de certains actes. En cas d'observation de ces formalités, la validité de l'acte n'est généralement pas remise en question, mais l'auteur de l'acte est passible de sanctions fiscales, notamment d'amendes. Notons que les formalités fiscales peuvent également avoir des implications civiles. Ainsi, l'enregistrement permet à un acte d'acquérir date certaine²⁵. Le dépôt et l'enregistrement d'un contrat de cession d'un droit exclusif à un dessin ou modèle auprès du Bureau Benelux des dessins ou modèles²⁶ ou d'un contrat de cession d'un droit exclusif à la marque auprès du Bureau Benelux des marques²⁷, ainsi que le paiement des taxes prévues pour ces formalités, ont pour effet de rendre l'acte de cession opposable aux tiers.

La formalité de l'enregistrement est exigée notamment pour les actes authentiques, mais également pour les actes sous seing privé relatifs à la location ou à la sous-location d'un immeuble, ou encore ceux contenant l'apport de biens meubles ou immeubles à des sociétés belges possédant la personnalité juridique²⁸.

La certification conforme de copie de documents par l'administration communale, via le timbre fiscal ou le papier timbré, peut également être requise à l'occasion de certains contrats, comme le contrat d'assurance terrestre²⁹, ou la notification d'une cession de brevet à l'Office national de la propriété industrielle, qui doit être accompagnée d'une copie ou d'un extrait certifiés conformes de l'acte de cession³⁰.

Parmi les formalités fiscales relatives aux contrats, il convient également de relever l'obligation d'établir une facture³¹, comportant certaines mentions³². Cette formalité poursuit certains objectifs fiscaux : contrôle par l'administration fiscale, justification du droit à déduction... Mais elle peut également remplir une fonction probatoire : preuve des engagements du fournisseur, de l'existence du contrat, d'une éventuelle quittance, du contenu des conditions générales...³³

e) Le formalisme administratif

On note également la multiplication des formalités d'ordre administratif sur le terrain de la formation des contrats. L'objectif de ce formalisme est principalement de permettre à

²³ Art. 442bis C.I.R.

²⁴ Art. 44 BI.

²⁵ Art. 1328 C. civ.

²⁶ Art. 13 BDM.

²⁷ Art. 11 BM.

²⁸ Art. 29 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

²⁹ Art. 10, § 3, AT.

³⁰ Art. 44, § 3, BI.

³¹ Art. 53, 2°, Code TVA.

³² Art. 5 de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, *M.B.*, 31 décembre 1992.

³³ A ce sujet, voy. D. GOBERT, "Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?", *Cah. Jur.*, 2001, pp. 45-54, spéc. pp. 49 et s.

l'administration d'exercer un contrôle sur la conclusion de certains contrats, en raison de préoccupations d'intérêt public.

Ainsi, le législateur exige parfois une notification à l'administration préalablement à la conclusion du contrat³⁴, une demande d'autorisation³⁵ ou de dérogation³⁶, l'immatriculation³⁷, l'inscription³⁸, l'agrément³⁹ ou l'enregistrement du professionnel auprès de l'autorité compétente⁴⁰, etc.

Les conséquences du non-respect de ces formalités sur la formation du contrat sont très variables⁴¹. Dans certains cas, la loi autorise le juge à prononcer la nullité des contrats conclus par des professionnels non "agréés" (au sens large)⁴². Toutefois, on note que les effets de la nullité peuvent être fortement atténués, notamment si l'autre partie a contracté de bonne foi. Par exemple, en droit des assurances, l'assureur non habilité à exercer une activité d'assurance est tenu de remplir ses obligations envers le preneur qui a souscrit de bonne foi⁴³. A cet égard, un auteur souligne que "le régime de contrôle ne se situe pas au niveau des relations contractuelles entre assureur et assuré ; quand la loi prescrit la nullité des contrats conclus avec un assureur non agréé, cette nullité peut se comprendre comme la sanction pour illicéité de la violation d'une disposition d'ordre public, et non comme la conséquence du défaut d'un élément essentiel du contrat"⁴⁴. Par ailleurs, étant donné que le formalisme administratif poursuit avant tout un objectif d'information de l'administration, "si le vendeur néglige d'obtenir les autorisations requises, on conçoit difficilement, à défaut de dispositions légales expresses, qu'une partie puisse s'en prévaloir pour obtenir l'annulation du contrat"⁴⁵. Enfin, on note que la sanction du non-respect du formalisme administratif est souvent d'ordre pénal⁴⁶.

f) Le formalisme informatif

A travers le mouvement de résurgence du formalisme, les auteurs ont souligné le recours de plus en plus fréquent du législateur au formalisme dit "informatif"⁴⁷. C'est principalement en

³⁴ C'est le cas, notamment, pour les ventes en liquidation (art. 48, § 1^{er}, LPC) ou les concentrations d'entreprises (art. 7 CE).

³⁵ Pour transférer d'un établissement à un autre des produits destinés à une vente en liquidation : art. 48, § 3, LPC.

³⁶ Art. 72, al. 1^{er}, LPC (autorisation de procéder à une vente publique dans des locaux qui ne sont pas exclusivement destinés à cet usage) et art. 76, al. 3, LPC (dérogation à l'interdiction des achats forcés pour les œuvres philanthropiques).

³⁷ Pour le vendeur qui émet des titres visés à l'article 53, 1 à 3 : art. 59 LPC.

³⁸ Pour les vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeuble à temps partagé : art. 12 TS ; pour les intermédiaires de crédit : art. 77 CC.

³⁹ Pour les prêteurs : art. 74 CC ; pour les entreprises d'assurance : art. 3, § 1^{er}, CA.

⁴⁰ Pour les entreprises de courtage matrimonial : art. 2 CM.

⁴¹ Pour de plus amples développements sur les interventions de l'administration et leur effet sur la formation des contrats, voy. P. DURAND, "Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, pp. 155-182 ; G. FARJAT, *L'ordre publique économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 209 et s. ; p. 309 et s.

⁴² Art. 15, 3^o, TS ; art. 3, § 3, CA.

⁴³ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, op. cit., n° 55, pp. 35-36

⁴⁴ *Ibidem*, n° 137, p. 193 et les réf. citées.

⁴⁵ J.-L. FAGNART, "La formation et l'exécution des contrats", in *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur – Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 126.

⁴⁶ Art. 101, § 1^{er}, CC, art. 17, § 1^{er}, TS ; art. 10 CM ; art. 102 LPC ; art. 83 CA.

⁴⁷ Voy. L. AYNES, "Formalisme et prévention", in *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Litec, 1982, pp. 63-92 ; G. COUTURIER, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 885-888 ; J.-L.

droit de la consommation et en droit du travail que ce nouveau formalisme est le plus significatif, afin de protéger la partie faible du contrat (le consommateur, le preneur d'assurance, l'emprunteur, le travailleur...). L'objectif est d'attirer l'attention sur l'importance ou sur certains aspects du contrat, voire de déterminer le contenu du contrat lui-même⁴⁸.

Dans certains cas, le formalisme informatif entoure la conclusion du contrat d'un certain nombre d'informations, dont l'acceptation est rendue certaine par l'intégration de mentions obligatoires dans le contrat lui-même. Dès lors, l'exigence de mentions vise implicitement celle d'un écrit signé⁴⁹. On peut parfois assimiler ce formalisme informatif à un formalisme de validité, dans la mesure où le non-respect de ces exigences est sanctionné par la nullité, relative ou absolue de l'acte, ce qui n'est pas toujours le cas. Ces mentions obligatoires peuvent concerner les éléments essentiels du contrat, mais aussi les protections légales dont bénéficie la partie faible⁵⁰.

Dans d'autres cas, le formalisme d'information est dissocié du contrat lui-même. L'information exigée par la loi peut alors être pré-, para- ou post-contractuelle⁵¹. Ainsi, pour les contrats à distance, la loi oblige le fournisseur à communiquer au consommateur un certain nombre d'informations préalablement à la conclusion du contrat⁵², mais également de lui confirmer ces informations postérieurement à celle-ci⁵³. De même, le projet de loi impose au prestataire d'un service de la société de l'information de fournir certaines informations dès le stade de la publicité⁵⁴, avant la passation de la commande⁵⁵, et d'envoyer un accusé de réception de la commande⁵⁶. L'organisateur ou l'intermédiaire de voyages est tenu de délivrer au voyageur un bon de commande⁵⁷. La loi précise les informations à fournir dans les brochures de voyages qui seraient mises à la disposition du voyageur⁵⁸ et avant la conclusion du contrat⁵⁹, celles devant figurer dans le bon de commande⁶⁰. La publicité concernant l'octroi d'un crédit à la consommation⁶¹, ainsi que l'offre d'un tel crédit doivent contenir certaines informations⁶². etc.

Par ailleurs, le formalisme informatif peut parfois atteindre un degré de sophistication remarquable, allant jusqu'à imposer pour ces mentions un style (*clair, compréhensible, non*

FAGNART, "La formation et l'exécution des contrats", *op. cit.*, p. 125 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, "Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme", *op. cit.*, p. 506, n° 25 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ?", *op. cit.*, n° 17, pp. 536-537.

⁴⁸ L. AYNES, *op. cit.*, pp. 74 et s.

⁴⁹ G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 506 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, p. 886.

⁵⁰ Dans ce dernier cas, la clause qui doit figurer dans le contrat n'est pas créatrice de droit à l'égard de la partie faible. Ce droit existe déjà dans la loi, et la clause qui le reproduit a pour seul objectif de porter ce droit à la connaissance de la partie concernée. Voy. J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 125.

⁵¹ G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 887.

⁵² Art. 78 LPC.

⁵³ Art. 79 LPC.

⁵⁴ Art. 14 et 15 SSI.

⁵⁵ Art. 10 SSI.

⁵⁶ Art. 11 SSI.

⁵⁷ Art. 9 VO.

⁵⁸ Art. 5 VO.

⁵⁹ Art. 7 VO.

⁶⁰ Art. 10 VO.

⁶¹ Art. 5 CC.

⁶² Art. 14 CC.

équivoque...)⁶³, un libellé à reproduire à la lettre⁶⁴, voire une forme précise (“*en caractères gras*”, “*en caractères d’un type différent*”, “*dans un cadre distinct du reste du texte*”, “*sous forme d’alinéas séparés*”)⁶⁵.

B. Exclusion de certaines catégories de contrats (art. 18)

On constate qu’un large éventail de formalités peut être visé par la notion d’exigence de forme. Il convient toutefois de préciser que certaines catégories de contrats sont exclues du champ d’application de l’article 17 par l’article 18 du projet de loi⁶⁶ :

- 1° les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l’exception des droits de location ;
- 2° les contrats pour lesquels la loi requiert l’intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ;
- 3° les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ;
- 4° les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

Concrètement, un certain nombre de contrats sont ainsi exclus, certains pouvant correspondre à plusieurs catégories : vente d’immeuble, hypothèque, privilège sur immeuble, constitution d’un usufruit ou d’un droit d’habitation sur un immeuble, contrat de crédit hypothécaire, vente d’habitations à construire ou en voie de construction, vente de gré à gré de biens immeubles saisis, règlement collectif de dettes, contrat de gage ou de caution personnelle, contrat de mariage, adoption, convention préalable au divorce par consentement mutuel, etc. De manière générale, sont exclus tous les actes authentiques.

Ainsi, on constate que les formalités relatives à *l’implication de tiers* tombent sous le coup des exceptions prévues à l’article 18 du projet de loi : intervention d’un juge, d’un notaire, d’un huissier de justice, du receveur de l’enregistrement, du conservateur des hypothèques, ou d’autres agents de l’Etat. L’exigence de la présence de témoins n’est pas à écarter en tant que telle, mais dans la mesure où elle est souvent combinée avec l’exigence d’un acte authentique, ou le fait que le contrat relève du droit de la famille.

En outre, de nombreuses *formalités fiscales* gravitant autour du contrat *semblent* exclues du champ d’application de l’article 17. En effet, l’enregistrement et la certification conforme de copie nécessitent “l’intervention d’autorités publiques”. Pour la même raison, bien des *formalités administratives* sont à écarter, *a fortiori* lorsqu’elles interviennent bien avant le commencement du processus contractuel (*infra*).

Quant aux *formalités de publicité*, la plupart d’entre elles (*i.e.* l’inscription et la transcription) concernent des actes relatifs à des “contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers”, ou “pour lesquels la loi requiert l’intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique”. Il est toutefois quelques mesures de publicité, telle la notification, qui pourraient être soumises à l’application de l’article 17.

⁶³ Voy., p. ex., l’art. 10 SSI, art. 78 LPC.

⁶⁴ Voy., p. ex., l’art. 79 LPC, art. 14, § 4, CC, art. 3, 13°, ARVAN

⁶⁵ Voy., p. ex., art. 79, § 1^{er}, LPC, art. 14, § 4, CC, art. 7, § 1^{er}, *in fine*, TS, art. 3, 11° et 13°, ARVAN.

⁶⁶ L’article 18 du projet de loi transpose fidèlement l’article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

Les formalités relatives aux catégories de contrats susmentionnées ne peuvent donc être interprétées à la lumière des clauses transversales. Les raisons qui ont motivé l'adoption de ces exceptions résident sans aucun doute dans le caractère "grave" de la plupart de ces contrats, qui modifient l'état ou le patrimoine des parties. Il convient en effet de prendre le temps d'examiner minutieusement les garanties qui entourent ces contrats afin de voir si elles peuvent être rencontrées par voie électronique et, le cas échéant, de mettre en place l'infrastructure nécessaire⁶⁷.

Notons que si les actes authentiques échappent à l'application de l'article 17, cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont à l'abri d'une adaptation aux nouvelles technologies. En effet, l'article 30 du projet de loi complète l'article 1317 du Code civil d'un second alinéa, qui stipule : "[L'acte authentique] peut être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres". Ainsi, "le projet pose d'ores et déjà le principe que l'acte authentique peut être dématérialisé et que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. Toutefois, étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que sa dématérialisation ne remette pas en cause les garanties de l'authenticité, il convient d'approfondir la question, tant sur le plan juridique que technique, en vue de vérifier que les exigences de l'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. C'est pourquoi le texte renvoie la question de sa mise en œuvre pratique à l'adoption d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres"⁶⁸.

C. Exigences de forme relatives au processus contractuel

Hormis les exceptions prévues à l'article 18 du projet de loi, la clause transversale générale s'applique à toute exigence de forme relative au "processus contractuel". Cela signifie que cette disposition, d'une part, s'étend au-delà des seules exigences relatives à la conclusion proprement dite du contrat, d'autre part, se limite exclusivement au formalisme *contractuel*.

1. Conception extensive de la notion de processus contractuel

La clause transversale générale ne se limite pas aux formalités exigées lors de la *conclusion* du contrat, mais s'étend à toutes les exigences de forme inhérentes au "processus contractuel", conformément à la volonté du législateur européen⁶⁹. En effet, il se peut qu'une formalité, qu'elle soit requise en amont ou en aval de la conclusion du contrat, entrave indirectement la conclusion celui-ci par voie électronique.

Le commentaire de l'article 17 donne une large acception de la notion de processus contractuel : "la notion de « processus contractuel », et par voie de conséquence l'exigence consacrée à l'article 17, § 1^{er}, ne se limite pas à l'étape de la conclusion du contrat, mais comprend toutes les étapes allant de la période précontractuelle (prospectus publicitaires, offre par écrit, autres documents de la période précontractuelle, etc.), à sa modification, à son

⁶⁷ D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, pp. 203-204, n° 383.

⁶⁸ Commentaire de l'article 30 du projet de loi, p. 72.

⁶⁹ Voy. le considérant n° 34 de la directive sur le commerce électronique, qui précise : "Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement (...) porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat". Cette précision se retrouve également dans le commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 26.

enregistrement, à son dépôt éventuel, etc.”⁷⁰. Il nous semble que cette énumération ne doit pas être considérée comme exhaustive. La notion de processus contractuel peut encore viser bien d’autres phases importantes de la vie du contrat, et notamment son exécution (facturation, paiement, livraison), son archivage ou sa fin (terme, résiliation).

Pour en revenir aux classifications théoriques, on constate que la notion d’exigence relative au processus contractuel peut embrasser à la fois : le formalisme informatif (pré-, para- ou post-contractuel) ; le formalisme de validité, entourant la conclusion même du contrat ; le formalisme probatoire, postérieur à la conclusion du contrat ; et, dans une certaine mesure, les formalismes publicitaire, administratif et fiscal, qui interviennent à différents stades du contrat.

Par ailleurs, on relève que c’est précisément dans le domaine du formalisme probatoire que le législateur belge, sous l’impulsion du législateur européen, a levé les premiers obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, avec la reconnaissance en droit belge de la signature électronique⁷¹. En vertu du postulat de rationalité du législateur, une telle reconnaissance emporte également l’admission de l’écrit électronique au titre de preuve littérale, puisqu’une signature électronique ne peut être liée qu’à un écrit... électronique⁷². Toutefois, cette réforme se limite, dans une large mesure, au droit de la preuve. Et si de nombreuses formalités exigées *ad probationem* consistent en l’exigence d’un écrit signé, certains auteurs soulignent que l’adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies n’est pas pour autant achevée⁷³ et qu’il y subsiste des exigences, autres que la signature, qui empêchent de recourir à des modes de preuves électroniques.

L’article 17 viendra donc compléter l’adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies. En réalité, la clause transversale générale s’appliquera à bien peu de formalités probatoires, étant donné que les exigences d’un écrit, d’une signature et de mentions manuscrites font l’objet des trois clauses transversales spécifiques de l’article 17, § 2. Il en subsiste néanmoins une, et non des moindres, susceptible de tomber dans le champ d’application de la clause transversale générale : la règle des originaux multiples posée par l’article 1325 du Code civil.

Quant aux formalités administratives, fiscales ou publicitaires, nous avons vu que nombre d’entre elles sont déjà écartées par l’application de l’article 18 (*supra*). Toutefois, il subsistera çà et là de telles formalités, non exclues par l’article 18, qui s’imposent au cours du processus contractuel, étant donné l’acception extrêmement large de cette notion : notification du contrat à l’administration à des fins purement informatives, obligation de garder une trace du contrat dans les livres comptables, obligation d’établir une facture, etc. Ces formalités pourraient donc tomber dans le champ d’application de l’article 17, pour autant qu’elles constituent un obstacle à la conclusion du contrat par voie électronique.

⁷⁰ Voy. le commentaire de l’article 17, § 1^{er}, du projet de loi, p. 51.

⁷¹ Voy. la modification apportée à l’article 1322 du Code civil par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l’utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 déc. 2000, ainsi que la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 juillet 2001. A ce sujet, voy. notamment E. MONTERO, “Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique”, in *La preuve*, Liège, Formation Permanente CUP, vol. 54, mars 2002, pp. 39-82, et les réf. citées.

⁷² P. LECOCQ et B. VANBRABANT, “La preuve du contrat conclu par voie électronique”, in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?* Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 2001, n° 120, p. 131.

⁷³ *Ibidem*, n°s 116-118, pp. 127-129 ; E. MONTERO, “Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique”, *op. cit.*, n°s 14-16, pp. 52-55.

En ce qui concerne l'établissement d'une facture, notons que cette formalité a déjà fait l'objet d'une simplification, d'une harmonisation et d'une modernisation au niveau européen, avec la directive du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE⁷⁴. Quant aux mesures de publicité consistant en une simple notification, le nouvel article 2281 du Code civil permet désormais qu'elle s'effectue par courrier électronique, télécopie, télex ou télégramme⁷⁵. Il semblerait donc que, dans l'ensemble, le formalisme de publicité et le formalisme fiscal ne soient guère affectés par l'article 17 du projet de loi.

Enfin, la notion de processus contractuel se veut générale et ne distingue pas les différentes branches du droit. Dès lors, à l'instar des autres dispositions du projet de loi, la clause transversale générale s'applique indifféremment en matière civile ou commerciale, aux concentrations d'entreprises, aux marchés publics, au contrat de travail, aux conventions collectives, etc.

2. Limitation aux exigences de forme relatives au processus contractuel

Etant limitée au processus contractuel, la clause transversale générale ne s'applique qu'aux formalités relatives aux contrats. De manière générale, cette limitation concerne toutes les dispositions de l'article 17 du projet de loi. En effet, l'article 9 de la directive sur le commerce électronique n'impose pas aux Etats membres de procéder à une adaptation de leur législation en dehors du domaine contractuel.

Cela signifie, en premier lieu, qu'il faut exclure les actes juridiques unilatéraux. Ainsi, les formalités exigées pour les testaments (p. ex. l'art. 970 C. civ.) ne devraient pas être adaptées en vue de la transposition de l'article 9 de la directive⁷⁶. Par contre, l'article 1326 du Code civil et la formalité du "bon pour", étant susceptible de s'appliquer tant aux actes juridiques unilatéraux qu'aux contrats unilatéraux (tels le cautionnement ou le prêt)⁷⁷, tombe sous le champ d'application de la clause transversale générale, et, partant, des clauses transversales particulières, notamment celle relative aux mentions manuscrites (*infra*).

Il convient également d'écarter tout formalisme étranger au processus contractuel. Par exemple, les formalités administratives de l'agrément, l'immatriculation, l'inscription ou l'enregistrement du professionnel auprès d'une autorité n'interviennent pas au cours du processus contractuel, mais en aval de celui-ci, comme condition d'accès à une activité contractuelle. Par ailleurs, il nous semble que l'article 17 ne s'applique pas davantage au formalisme judiciaire, et ce, en toute hypothèse. En effet, s'il est relatif à un contrat, il est exclu par l'article 18 puisqu'il nécessite l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique (greffiers, huissiers...); si, à l'inverse, il n'est pas relatif au processus contractuel, il sort du champ d'application de l'article 17. Notons à ce sujet qu'une réflexion est actuellement menée en vue d'adapter la procédure

⁷⁴ Directive du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée, *J.O.C.E.* du 17 janvier 2002, n° L 15, p. 24. A ce sujet, voy. D. GOBERT, "Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?", *Cah. Jur.*, 2001, pp. 45-54.

⁷⁵ Pour un commentaire, D. MOUGENOT et L. GUINOTTE, "La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire", <http://www.droit-technologie.org>.

⁷⁶ En ce sens, D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, p. 217, n° 403.

⁷⁷ R. MOUGENOT, *La preuve*, tiré à part du "Répertoire Notarial", Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1997, p. 159, n° 142.

judiciaire aux nouvelles technologies, dans le cadre du projet *e-justice*⁷⁸, sous l'égide du Ministre de la Justice.

D. Exigences de forme constitutives d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique pour contracter

Parmi toutes les exigences de forme retenues, la clause transversale générale n'intéresse, de manière globale, que celles susceptibles de constituer un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Ainsi que le précise le commentaire de l'article 17, "est visée toute exigence de forme qui aurait pour effet de rendre juridiquement impossible la conclusion d'un contrat par des moyens de communication électronique, ou simplement de limiter les effets juridiques reconnus au contrat ainsi conclu en lui donnant par exemple un effet juridique inférieur, ce qui reviendrait à favoriser en pratique l'utilisation des contrats sur support papier"⁷⁹.

Certaines formalités peuvent aisément être accomplies par voie électronique et ne posent dès lors guère problème. C'est le cas, par exemple, de l'obligation de fournir certaines informations ou d'indiquer dans le contrat certaines mentions. En l'absence d'exigences particulières, la fourniture d'information peut se faire par n'importe quel moyen, notamment à distance et par voie électronique. En outre, certaines exigences relatives à la forme de la mention (caractères gras, cadre distinct, etc.) peuvent aisément être rencontrées par l'utilisation de logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration.

Par contre, d'autres exigences de forme sont susceptibles de constituer un obstacle à l'utilisation de la voie électronique au cours du processus contractuel. Ainsi, on se trouve face à un obstacle manifeste lorsque le législateur recourt à une terminologie marquée par l'environnement papier, telle l'obligation de faire figurer une information "*au recto de la première page*"⁸⁰, au "*verso du bon de commande*"⁸¹, ou "*à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature*"⁸². De plus, certaines formalités nécessitent des démarches impossibles à réaliser par voie électronique, comme le "*dépôt à la poste d'une lettre recommandée*"⁸³, la mesure des marchandises vendues en vrac "*en présence du consommateur*"⁸⁴ ou la réalisation de la vente dans des *locaux* ou *établissements* spécifiques⁸⁵.

Toutefois, on relève que, dans certaines hypothèses, l'inadéquation de la loi avec les nouvelles technologies s'explique par la simple raison que le législateur n'entend viser que certaines situations spécifiques, étrangères au commerce électronique. Il en va ainsi, par exemple, des ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur (art. 86 à 92 LPC). A cet égard l'article 87, d, LPC stipule expressément que ces dispositions ne s'appliquent pas à la vente à distance. Malheureusement, le législateur n'a pas toujours songé à prévoir pareille dérogation. Ainsi, certaines dispositions de l'ARPBC, apparemment de

⁷⁸ Pour davantage d'informations quant au projet *e-justice*, consultez le site www.e-justice.be.

⁷⁹ Commentaire de l'article 17, § 1^{er}, du projet de loi, pp. 51-52.

⁸⁰ Voy., p. ex., art. 79, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o et 3^o, LPC, art. 6, § 1^{er}, 6^o, CM, art. 3 et 5 ARVAN.

⁸¹ Art. 4 ARVAN.

⁸² Art. 14, § 4, 2^o, CC.

⁸³ Voy., p. ex., art. 24, al. 3, 1^o, art. 29, 1^o, et art. 58, § 3, CC ; art. 15, al. 2, et art. 29, § 2, AT.

⁸⁴ Art. 7, 1, et art. 10 LPC.

⁸⁵ Voy., p. ex., art. 48, § 2, LPC, art. 51, § 1^{er}, LPC, art. 55, 2, a, LPC, art. 57, 3, b, LPC, art. 69, § 1^{er}, 3, LPC, art. 72, al. 1^{er}, LPC.

portée générale, ne visent manifestement que l’affichage des prix dans le traditionnel “magasin” (voy., p. ex., l’art. 14 ARPBC), sans dérogation pour les ventes à distance. Dans ce cas, il ne s’agit pas de lever un obstacle à l’utilisation des nouvelles technologies, en appliquant la clause transversale générale, mais de constater que semblable disposition ne s’applique pas au commerce électronique (*infra*).

Par ailleurs, certaines formalités peuvent également constituer un obstacle dans la mesure où subsistent des incertitudes quant à l’interprétation qui pourrait en être donnée. On pense ainsi à l’exigence d’un écrit ou à la référence à certains documents, papier à l’origine, mais qui peuvent aujourd’hui revêtir la forme électronique. Une certaine insécurité juridique règne autour de ces notions, dès lors qu’il n’est pas certain qu’aux yeux du juge, elles puissent s’appliquer à des documents dématérialisés⁸⁶. Il pourrait être soutenu, par exemple, qu’un “*bon de commande*”⁸⁷, un “*prospectus*”⁸⁸, la demande ou la proposition d’assurance via un “*formulaire*”⁸⁹, ou la modification du contrat par un “*avenant*”⁹⁰ doivent revêtir la forme papier.

Notons encore que la directive sur le commerce électronique précise, en son considérant n° 37, que “l’obligation faite aux Etats membres d’éliminer les obstacles à l’utilisation des contrats électroniques ne concerne que les obstacles résultant d’exigences juridiques et non pas les obstacles d’ordre pratique résultant d’une impossibilité d’utiliser les moyens électroniques dans certains cas”. Il semblerait que ce considérant ait été rajouté à la directive afin de préciser que les Etats membres ne sont évidemment pas tenus d’équiper tous leurs citoyens d’un ordinateur. Cette précision nous semble non seulement superflue, mais également dangereuse, étant donné que d’aucuns pourraient en tirer argument pour soutenir que certaines obligations juridiques constituent en réalité des obstacles pratiques, c’est-à-dire des formalités pratiquement impossibles à réaliser par voie électronique. Seraient alors considérés comme des obstacles pratiques, ne devant pas être supprimés par les Etats membres, l’impossibilité d’écrire à la main sur un document électronique ou au verso de celui-ci, l’impossibilité de déposer à la poste une lettre recommandée électronique, l’impossibilité pour les parties d’être en présence l’une de l’autre, etc. On aperçoit d’emblée le caractère excessif de pareil raisonnement, qui pourrait conduire à priver d’objet l’obligation de supprimer les obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique.

Pour illustrer la notion d’obstacle d’ordre pratique, on peut songer aux formalités relatives à l’usufruit⁹¹. Selon l’article 600 du Code civil, l’usufruitier ne peut entrer en jouissance qu’après avoir fait dresser, en *présence du propriétaire*, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l’usufruit. En pratique, il paraît difficile que cet inventaire puisse se faire par voie électronique dans la mesure où il nécessite que les parties concernées se rendent physiquement dans le lieu afin de constater visuellement l’état des biens meubles et immeubles faisant l’objet de l’usufruit et de répertorier ceux-ci.

Le commentaire de l’article 17 évoque le cas des contrats réels, qui se forment par la remise de la chose qui fait l’objet du contrat⁹². Or, il est évident que la tradition ne peut s’opérer par

⁸⁶ Voy. le commentaire de l’article 17, p. 52.

⁸⁷ Art. 10, § 1^{er}, VO, art. 1, 3 et 4 ARVAN.

⁸⁸ Art. 5 TS, art. 47, § 2, CH, art. 1, al. 2, ARSFH.

⁸⁹ Art. 1, points K et L, AT.

⁹⁰ Art. 118, 120 et 123 AT.

⁹¹ Cf. D. GOBERT et E. MONTERO, “Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne”, *op. cit.*, p. 207, n° 389.

⁹² Voy. le commentaire de l’article 17, p. 52.

voie électronique. Il s'agit à cet égard d'un obstacle pratique. Mais on pourrait répliquer que c'est la loi qui exige la tradition comme condition de formation du contrat et que, partant, on se trouve en présence d'un obstacle juridique. On voit que la frontière entre les deux types d'obstacles n'est pas nette. Cela étant, en ce qui concerne les contrats réels, il nous semble que l'obstacle peut aisément être contourné en pratique. Rien n'empêche, en effet, de conclure par voie électronique des conventions consensuelles ayant pour objet un prêt, une mise en gage ou un dépôt, et de faire livrer la chose par la suite, sans que les parties aient besoin d'être en présence l'une de l'autre⁹³.

Enfin, il convient de souligner que la clause transversale ne s'applique qu'aux exigences *de forme* constitutives d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique. Ainsi, certaines dispositions relatives au processus contractuel sont libellées en des termes inadaptés à l'environnement numérique, mais n'imposent aucune formalité. Elles visent le plus souvent à interdire certains comportements aux parties ou à poser une sanction en cas de violation d'une obligation légale, mais il n'est pas ici question de formalisme. Ainsi, l'interdiction "*de faire parvenir au domicile ou à la résidence du consommateur, ou sur son lieu de travail, un moyen de crédit ou une offre de contracter*"⁹⁴, d'indiquer "*des prix différents pour des produits identiques offerts en vente dans un même établissement, faute de quoi le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas*"⁹⁵, ou la sanction pénale prévue pour ceux qui "*suppriment, dissimulent ou lacèrent totalement ou partiellement les affiches apposées*" pour la publication d'un jugement⁹⁶. Ces dispositions ne pourront dès lors être interprétées à la lumière de la clause transversale. On examinera plus loin si une adaptation par le Roi est envisageable (*infra*).

E. Approche fonctionnelle

Les étapes qui précèdent nous ont fourni les éléments nécessaires à la détermination du champ d'application de la clause transversale générale : cette disposition vise les *exigences formelles*, concernant des catégories de contrats *non exclues* par l'article 18, relatives au *processus contractuel*, et susceptibles de faire *obstacle* à la conclusion d'un contrat par voie électronique.

En présence d'un tel obstacle, l'article 17, § 1^{er}, nous invite à adopter une approche dite "fonctionnelle". Il s'agit de rechercher quelles sont les "*qualités fonctionnelles*" de la formalité considérée, puis de vérifier si le procédé utilisé pour conclure le contrat par voie électronique permet de préserver ces qualités. Dans l'affirmative, l'exigence de forme est réputée rencontrée par le procédé en question et le contrat conclu par voie électronique ne peut être remis en cause sur ce point.

⁹³ Par contre, le don manuel ne peut évidemment se former que par la remise de la chose (pour rappel, la donation est un contrat solennel, dont la validité est subordonnée au respect des formes prescrites à peine de nullité ; l'institution du don manuel – contrat réel – a été imaginée pour échapper à ce formalisme). En l'état actuel de notre droit, on ne voit pas comment un don manuel pourrait être réalisé par voie électronique. Cependant, cette impossibilité peut être justifiée au titre de l'article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique. Sur tout ceci, D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, p. 211, n° 393.

⁹⁴ Art. 9, al. 1^{er}, CC.

⁹⁵ Art. 3, al. 1^{er}, ARPBC.

⁹⁶ Art. 104, 3, LPC.

1. Une conception nouvelle du formalisme

La clause générale vise à donner une conception ouverte de la notion de formalité, affranchie du traditionnel environnement papier. On y reconnaît la désormais célèbre théorie des équivalents fonctionnels, qui consiste à “se départir d’une lecture formaliste des concepts pour s’attacher plutôt aux fonctions qui leur sont assignées”⁹⁷.

L’approche fondée sur l’équivalent fonctionnel a été consacrée par la CNUDCI à l’occasion de l’adoption de la loi-type sur le commerce électronique. Ainsi, le Guide pour l’incorporation en droit interne de la loi-type explique que cette approche repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l’exigence de forme, et vise à déterminer comment ceux-ci peuvent être assurés par des moyens électroniques⁹⁸. Il s’agit donc d’accepter des équivalents électroniques aux formalités traditionnelles, à condition qu’ils remplissent les mêmes fonctions que ces dernières.

Il convient de souligner qu’une telle théorie constitue une véritable révolution eu égard à la conception traditionnelle du formalisme. En effet, jusqu’ici, on considérait qu’il n’existait pas d’équipollent à une forme solennelle⁹⁹. “La règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite”¹⁰⁰. Ainsi, la jurisprudence considérait, de manière très stricte, que l’exigence d’une mention écrite de la main du signataire ne pouvait être satisfaite par des procédés de dactylographie, que la signification par exploit d’huissier ne peut être remplacée par une lettre missive, qu’on ne saurait se passer de mentions obligatoires en prouvant que la partie protégée était pleinement informée, etc.

En 1950, J. Flour soulignait que la jurisprudence française se montrait plus conciliante lorsqu’il s’agissait d’apprécier la sanction applicable quand la forme requise faisait défaut. En particulier, si la loi ne précisait pas que la formalité était requise à peine de nullité, la jurisprudence avait tendance à considérer le texte équivoque comme une formalité *ad probationem*, afin d’éviter la nullité de l’acte irrégulier¹⁰¹. Il s’ensuivait une opposition manifeste entre, d’une part, un législateur formaliste, soucieux de protéger les parties contre l’insécurité juridique, la captation, la fraude, l’irréflexion..., d’autre part, un juge plutôt libéral, soucieux de lutter contre la mauvaise foi d’une partie qui entendrait se dégager de ses engagements à la faveur d’une simple irrégularité matérielle. Il semblerait qu’aujourd’hui la situation soit différente, et les auteurs français observent désormais “l’impermeabilité de la jurisprudence au discours libéral classique et son adhésion presque totale à la doctrine formaliste du législateur”¹⁰² ou, à tout le moins, un comportement plus nuancé face au

⁹⁷ M. DEMOULIN et E. MONTERO, “La conclusion des contrats par voie électronique”, *op. cit.*, p. 716, n° 32. Pour plus de développements sur la théorie des équivalents fonctionnels, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l’approche fonctionnelle”, *DA/OR*, 2000, n° 53, pp. 17-39 ; E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, “Le commerce international électronique : vers l’émergence de règles juridiques transnationales”, *J.D.I.*, 1997/2, pp. 323-393, spéc. p. 380-382.

⁹⁸ Guide pour l’incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), n° 16.

⁹⁹ A ce sujet, voy. G. COUTURIER, “Les finalités et les sanctions du formalisme”, *op. cit.*, p. 880 ; J. FLOUR, “Quelques remarques sur l’évolution du formalisme”, *op. cit.*, n° 9, p. 101 ; M.-A. GUERRIERO, *L’acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 103 et s. ;

¹⁰⁰ G. COUTURIER, “Les finalités et les sanctions du formalisme”, *op. cit.*, p. 886.

¹⁰¹ J. FLOUR, “Quelques remarques sur l’évolution du formalisme”, *op. cit.*, n° 12 et s., pp. 104 et s.

¹⁰² X. LAGARDE, “Observations critiques sur la renaissance du formalisme”, *op. cit.*, n° 3, p. 1768, suivi par G. COUTURIER, “Les finalités et les sanctions du formalisme”, *op. cit.*, pp. 895-896.

formalisme, entre souplesse et rigueur¹⁰³. En droit belge, c'est cette dernière attitude qui semble de mise, et l'on peut relever certaines similitudes avec la jurisprudence française¹⁰⁴. Toutefois, les auteurs s'accordent à dire qu'il n'est guère aisé d'apporter la preuve systématique et statistique de l'une ou l'autre tendance.

Dans un tel contexte, on mesure aisément la profonde mutation apportée au formalisme par la consécration de la théorie des équivalents fonctionnels en droit belge. Mais cette mutation semblait inévitable, dans la mesure où la prodigieuse évolution technologique de ces dernières années a modifié les mœurs contractuelles dans la société : désormais, le papier n'est plus le seul (ni le meilleur) moyen de cristalliser l'accord des volontés. Les progrès technologiques ont en effet permis de développer autour du document électronique une série de procédés additionnels, permettant aujourd'hui d'atteindre un niveau de sécurité équivalent et, à certains égards, supérieurs à celle offerte par le document papier. Dès lors, on ne pouvait plus longtemps faire l'économie d'une adaptation du formalisme classique, trop marqué de l'empreinte du papier.

Toutefois, il ne faudrait pas conférer à cette nouvelle conception une portée exagérée : d'une part, l'accueil de cette théorie est strictement limité au domaine des contrats conclus par voie électronique, d'autre part, l'approche fonctionnelle ne constitue pas un retour au consensualisme par l'octroi d'une liberté totale aux parties.

2. Une approche limitée aux contrats conclus par voie électronique

L'approche fonctionnelle privilégiée par la clause transversale générale ne vise que les contrats conclus par voie électronique, afin de permettre le recours aux nouvelles technologies pour contracter et, partant, de favoriser le développement du commerce électronique. En dehors de cette hypothèse, aucun équivalent fonctionnel à la formalité exigée ne pourra être admis.

Notons que les termes "par voie électronique" doivent être compris de la même manière que dans la définition de la notion de "service de la société de l'information". Le commentaire¹⁰⁵ de cette dernière renvoie à la directive dite "sur les services"¹⁰⁶. Sur base de cette définition, on peut dire qu'un contrat conclu par voie électronique est un contrat "*envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement retransmis,*

¹⁰³ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 1996, 6^e éd., pp. 117-120, n° 138.

¹⁰⁴ J.P. Renaix, 26 sept. 2000, *D.C.C.R.*, 2001, p. 283, *D.A./O.R.*, 2001, p. 179 ; *Ann. jur. créed.*, 2000, p. 101 ; *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 126 ; Gand, 7 avril 1998, *A.J.T.*, 1998-99, p. 724 ; Liège, 25 nov. 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 150 ; J.P. Saint Nicolas, 3 janv. 1996, *R.W.*, 1996-97, 406 ; J.P. Namur, 22 oct. 1996, *J.J.P.*, 1997, p. 401 ; Anvers, 7 fév. 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 325 ; *R.W.*, 1997-98, 643 ; J.P. Mol, 13 décembre 1994, *Turnh. Rechtsl.*, 1995-96, p. 16 ; Prés. Comm. Bruxelles, 21 déc. 1992, *Ann. Prat. Comm.*, 1992, p. 29 ; *R.D.C.*, 1993, p. 675 ; Bruxelles, 15 déc. 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 134 ; Liège, 6 mars 1990, *J.T.*, 1990, p. 443. Comp. avec F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, pp. 117-120, n° 138 et les réf. citées.

¹⁰⁵ Voy. le commentaire de l'article 2, 1^o, du projet de loi, p. 16.

¹⁰⁶ Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques, *J.O.C.E.*, n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37 ; modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 217 du 5 août 1998, p. 18 (ci-après : "directive sur les services").

acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques"¹⁰⁷.

Ainsi, sont considérés comme des contrats conclus par voie électronique et, partant, bénéficient de l'approche fonctionnelle : les contrats conclus par échange de courriers électroniques, mais aussi par chat, téléphonie vocale sur internet, vidéo-conférence, voire par échange de SMS¹⁰⁸, les contrats conclus sur un site web, ou encore les contrats conclus par l'intervention d'agents électroniques¹⁰⁹. Toutefois, il va de soi qu'un contrat conclu par de tels procédés ne sera admis par le juge que s'il préserve les qualités fonctionnelles des formalités requises par le législateur. Par contre, aucun équivalent fonctionnel ne pourra être admis pour les contrats conclus par téléphone ou sur papier (entre parties présentes ou à distance, par fax, télécopie ou correspondance).

On pourrait craindre que cette limitation conduise à des situations discriminatoires. Ainsi, en application de l'approche fonctionnelle, le juge devra accepter que l'exigence d'une mention manuscrite soit rencontrée par tout procédé électronique permettant de garantir que la mention a bien été apposée par celui qui s'engage (*infra*). Par contre, il pourra toujours rejeter les mentions dactylographiées sur papier, même accompagnées d'une signature manuscrite. Il nous semble toutefois que pareille différence de traitement pourrait se justifier *in casu* par le fait que sur les réseaux, il est matériellement impossible de recourir à la mention manuscrite, étant donné l'absence de support papier. Tandis que les parties qui dactylographient une mention au lieu de l'écrire à la main ne se trouvent pas dans cette impossibilité : elles disposent d'un support papier, sur lequel elles choisissent de recourir à un autre mode d'écriture que manuscrite, ce que le législateur ne tolère pas, car il s'agirait là d'un retour au consensualisme.

3. Distinction entre l'approche fonctionnelle et le retour au consensualisme

La clause transversale générale ne vise pas à instaurer un régime consensualiste dans l'environnement électronique, par opposition à un régime formaliste dans le monde "réel". Il ne s'agit pas de donner une totale liberté aux parties qui contractent sur les réseaux. Certes, les parties disposent d'une relative latitude dans le choix des procédés électroniques, mais ce choix est limité par la condition fixée par la clause transversale générale. En effet, les parties ne pourront recourir valablement à la voie électronique qu'à condition de choisir des procédés qui préservent les qualités fonctionnelles de la formalité exigée. Dans ce cas, le contrat n'est pas consensuel, puisque les parties ne sont pas totalement libres de choisir le mode d'extériorisation du consentement¹¹⁰.

¹⁰⁷ Voy. la définition de la notion de "service presté par voie électronique", art. 1^{er}, § 2, 2^e tiret, de la directive sur les services.

¹⁰⁸ La notion de courrier électronique est largement définie par l'article 2, 2^o, du projet de loi, comme "*tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère*". Comme le souligne le commentaire du projet de loi (p. 13), cette définition est issue de l'art. 2, h, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n° L 201, du 31 juillet 2002, p. 37.

¹⁰⁹ Pour davantage de détails sur les modalités de conclusion des contrats par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *op. cit.*, pp. 695-697, n^{os} 6 à 9.

¹¹⁰ Rapp. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 104-105.

Il reviendra au juge, en cas de contestation, d'apprécier si cette condition est remplie. Toute la difficulté consiste dès lors à dégager ces qualités fonctionnelles de manière claire et sûre, afin d'éviter toute insécurité juridique.

4. La recherche des qualités fonctionnelles d'une formalité

Les qualités fonctionnelles d'une exigence de forme sont ses propriétés, vertus, ou attributs particuliers qui la rendent apte à remplir les fonctions que le législateur lui a assignées. En effet, si ce dernier a porté son choix sur telle formalité à l'exclusion de toute autre, c'est qu'elle présente à ses yeux toutes les qualités nécessaires à rencontrer les objectifs qu'il poursuit. Il convient donc d'identifier ces objectifs ou fonctions afin de déterminer si le procédé utilisé pour contracter par voie électronique permet de les préserver.

Notons d'emblée que le législateur poursuit rarement un objectif unique. En outre, on distinguera les objectifs généraux des objectifs particuliers. Par objectifs généraux, on entend, par exemple, la protection du consentement d'une partie faible, des intérêts des tiers ou des intérêts publics, la fourniture d'un moyen de preuve, l'exercice d'un contrôle sur le contrat conclu, etc. Mais on a vu que ces objectifs ne sont pas exclusifs les uns des autres (*supra*). En outre, chacun peut être subdivisé en divers objectifs particuliers. Dès lors, une même formalité peut poursuivre plusieurs objectifs, généraux et particuliers, c'est-à-dire qu'elle remplit plusieurs fonctions.

Ainsi, l'exigence d'un acte sous seing privé à peine de nullité a notamment pour fonction de protéger le consentement des parties (objectif général A), en attirant leur attention sur l'acte qu'elles s'appêtent à conclure, en les obligeant à déterminer les droits et obligations de chacun et en leur permettant de s'en informer avant de signer (objectifs particuliers A), mais également de leur fournir un moyen de preuve de l'existence et du contenu du contrat (objectif général B), en permettant d'identifier les auteurs de l'acte, de garantir leur adhésion à ce dernier ou encore de préserver son intégrité (objectifs particuliers B)¹¹¹.

Notons que l'identification de ces fonctions ne doit pas être faite *in abstracto*, mais eu égard au contexte spécifique dans lequel l'exigence de forme est posée. On s'attachera notamment au contrat concerné, aux parties impliquées, aux dangers éventuels qui les menacent, etc. Il est vrai qu'on peut dégager des constantes parmi les fonctions de certaines formalités, comme l'attestent les clauses transversales particulières relatives à l'écrit, à la signature et aux mentions manuscrites (*infra*). Toutefois, il est essentiel de replacer toute formalité dans son contexte, afin de s'assurer qu'aucune fonction additionnelle ne lui est assignée par le législateur. Par ailleurs, il convient de s'en tenir aux fonctions strictement indispensables à l'exigence considérée¹¹². Une fois ces fonctions dégagées, il convient de s'assurer qu'elles peuvent également être remplies sous forme électronique.

Un premier exemple nous vient de l'exigence de mentions dans le contrat. Ainsi, lorsque le législateur exige la mention d'une clause de renonciation, libellée en des termes qu'il impose, et rédigée "*en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première*

¹¹¹ Au sujet des fonctions de la signature, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle", *D.A./O.R.*, n° 53, 2000, n°s 17 et s. A propos des fonctions de l'écrit, le Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type sur le commerce électronique en énonce onze, sans se prétendre exhaustive (voy. n° 48).

¹¹² Voy. le commentaire de l'article 17 du projet de loi, p. 53.

page”¹¹³, l’objectif est de protéger le consommateur, en s’assurant que l’information en question n’échappera pas à son attention.

Nous avons vu que l’exigence relative à la mise en page et à la taille de caractères peut être remplie par voie électronique sans grande difficulté, moyennant le logiciel approprié. Par ailleurs, peu importe que la notion de “recto” du document n’existe pas dans l’environnement dématérialisé. En effet, un document électronique n’ayant qu’une seule face – celle qui apparaît à l’écran –, on peut considérer qu’il n’a jamais de verso. Dès lors, tout ce qui figure sur le contrat est, en quelque sorte, toujours écrit au “recto” du document électronique.

Quant à la notion de première page, elle ne semble guère problématique au regard de certains documents électroniques. En effet, les logiciels de traitement de texte permettent d’organiser un texte en pages et de numéroté celles-ci¹¹⁴. Ainsi, lorsque la loi exige qu’une information figure en première page d’un document (par exemple d’un contrat), il n’y a aucune difficulté à rencontrer cette exigence lorsque le document prend la forme d’un document Word ou PDF, qu’il soit attaché à un courrier électronique ou à télécharger d’un site web. Par contre, si l’on parle couramment de “page” web sur les réseaux, la présentation de cette dernière diffère de celle d’un document papier ou d’un document électronique issu d’un traitement de texte. En effet, quelle que soit la longueur du texte qu’elle contient, une “page” web (c’est-à-dire un document HTML) n’est pas elle-même divisée en pages. La même observation vaut pour les courriers électroniques.

En tant que telle, la notion de “première page” ne se retrouve donc pas systématiquement dans l’environnement électronique. Il nous semble que l’objectif du législateur, dans cette hypothèse, est d’assurer que l’information en question n’échappe en aucun cas à l’attention du consommateur. Dès lors, tout moyen électronique permettant d’attirer, au premier coup d’œil, l’attention du consommateur sur la mention requise devrait être admis comme équivalent à l’exigence d’une mention figurant en première page.

A cette fin, différents moyens pourraient être mis en œuvre par les professionnels. Toutefois, aucun ne peut être recommandé avec certitude *in abstracto* et leur adéquation avec les exigences du législateur devra être appréciée au cas par cas.

En premier lieu, on pourrait considérer que l’équivalent de la première page, dans un document web ou un e-mail, serait la première “page écran”, c’est-à-dire ce qui s’affiche d’emblée à l’écran lorsque la page web ou l’e-mail apparaît et qui peut être lu sans faire défiler le texte¹¹⁵. On pourrait également envisager l’utilisation d’un message *pop-up*, c’est-à-dire d’une fenêtre indépendante apparaissant automatiquement en même temps que la page

¹¹³ Art. 6, § 1^{er}, 6^o, CM ; art. 7, § 1^{er}, al. 3, TS.

¹¹⁴ Techniquement, cette opération est qualifiée de pagination ou *paging*.

¹¹⁵ En effet, il semblerait que les internautes sont rares à lire l’intégralité des informations contenues dans un e-mail ou une page web et se contentent généralement d’un rapide coup d’œil sur la première “page écran”. Dès lors, si l’on veut s’assurer qu’ils lisent effectivement l’information exigée par la loi, mieux vaut faire figurer celle-ci dans la partie supérieure du document. Toutefois, ici encore, la notion de “page écran” est fluctuante, en fonction de la taille de l’écran de l’utilisateur, de la taille d’affichage des caractères, de la configuration du navigateur ou du logiciel de courrier électronique, etc. On note toutefois que ces variables échappent au contrôle du professionnel. Il semblerait dès lors excessif de lui reprocher que la mention exigée en première page n’apparaît pas d’emblée sur un écran anormalement petit et/ou lorsque la taille de caractère choisie par l’utilisateur est excessivement grande. Le professionnel pourra tout au plus prendre des mesures raisonnables pour qu’un consommateur normalement équipé (résolution d’écran standard, taille moyenne des caractères, etc.) puisse lire du premier coup d’œil la mention exigée.

web. Ainsi, la mention requise sautera littéralement aux yeux du consommateur¹¹⁶. Une autre possibilité, plus sujette à caution, pourrait consister à placer ostensiblement, au début du document, un hyperlien sous forme d'un texte (en gras, clignotant...) du genre "Vous (ne) disposez (pas) d'un droit de renonciation". En cliquant sur l'hyperlien, le consommateur serait automatiquement renvoyé au texte complet de la clause de (non) renonciation. Toutefois, il s'agit là d'un procédé indirect d'information, dépendant de l'action du consommateur, et il se pourrait qu'un juge considère cette méthode comme insuffisante au regard de l'objectif poursuivi par la formalité de la "première page".

Une autre difficulté peut surgir lorsque la loi exige qu'une information apparaisse au *verso* d'un document. Ainsi, l'article 4 ARVAN stipule que "*le verso [du bon de commande] mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible*". En l'espèce, cette disposition tient compte de l'habitude en matière commerciale qui consiste à faire figurer les conditions générales au verso du bon de commande, du bon de livraison, de la facture ou du contrat. La fonction de cette formalité est simplement de permettre au consommateur de prendre facilement et directement connaissance des conditions générales et de joindre celles-ci aux autres éléments du contrat. Notons qu'il convient ici de faire en outre application de l'article 9, § 2, du projet de loi, qui précise que "*les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire*". Une solution acceptable aux yeux de la clause transversale générale serait dès lors de les faire figurer tout simplement à la suite du bon de commande, sur le même document électronique, voire de recourir à un hyperlien, placé en évidence sur le bon de commande à côté des autres éléments contractuels, qui renverrait à une page web contenant les conditions générales, tout en encourageant le consommateur à les imprimer. Encore faudrait-il, pour que le procédé soit admissible, que le prestataire configure ladite page de telle manière que l'on puisse effectivement l'imprimer ou l'enregistrer.

5. La distinction entre la fin et les moyens

Les cas examinés ci-dessus sont simples dans la mesure où le procédé électronique permettant de remplir les fonctions attendues est très semblable à la formalité requise par le législateur. Mais il ne faudrait s'y tromper. La clause transversale générale ne met pas l'accent sur les méthodes employées mais sur les fonctions qu'elles sont appelées à remplir. A notre sens, il convient de se détacher des moyens particuliers, choisis par le législateur, pour se concentrer sur les finalités fondamentales que ces moyens poursuivent. La clause transversale générale permettrait ainsi d'accueillir les contrats conclus par voie électronique au moyen de procédés complètement différents de ceux envisagés par le législateur, du moment qu'ils permettent de remplir les fonctions assignées à la formalité envisagée.

L'exemple de l'article 14, § 4, 2°, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation permet d'illustrer notre propos. Cette disposition précise en effet que l'offre de crédit doit contenir, "*à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention : 'Ne signez jamais un contrat non rempli.'*"

¹¹⁶ Il est à noter que cette technique est couramment employée à des fins publicitaires. Au point qu'elle apparaît parfois incommode pour l'internaute, qui voit surgir de toutes parts des messages publicitaires qu'il n'a pas sollicités. C'est pourquoi des logiciels anti-pop-up ont été mis sur le marché afin d'empêcher ces fenêtres parasites de s'ouvrir. Cela peut poser problème dans la mesure où la technique du *pop-up* serait utilisée à des fins d'information légale.

Cette formalité n'envisage que le cas où l'on appose une signature (manuscrite) sur le papier. Si l'on utilise une signature numérique pour conclure le contrat par voie électronique, il n'y a pas, sur l'offre numérisée, d'*endroit* où le consommateur appose sa signature. Il convient dès lors de s'interroger sur la (ou les) fonction(s) de cette exigence afin de voir de quelle manière elle pourrait être satisfaite par voie électronique. D'une manière générale, nous y voyons un objectif de protection du consommateur par la mise en œuvre d'un dispositif d'information préalable à la conclusion du contrat. Plus précisément, la fonction particulière de cette exigence est, à l'évidence, d'éviter un blanc seing du consommateur.

Afin de remplir cette fonction, la loi recourt au formalisme de la mention (moyen). Pour être efficace, cette mention doit être portée à la connaissance du consommateur avant qu'il signe. C'est pourquoi le législateur exige que cette mention apparaisse à l'endroit le plus visible au consommateur au moment où il va apposer sa signature. Dans l'environnement papier traditionnel, c'est en étant placée à la hauteur de l'endroit où le consommateur signe que la mention a le plus de chance d'être lue par lui¹¹⁷. Dans l'environnement numérique, la mention pourra être portée efficacement à la connaissance du consommateur par un message suffisamment visible. Celui-ci pourrait apparaître, le cas échéant, à l'endroit où le consommateur est invité à valider le contrat sur le web, ou au moment où il s'apprête à activer son logiciel de signature électronique. Il appartient aux prestataires, secondés de techniciens, d'imaginer et de mettre en œuvre des procédés adéquats.

Ainsi, en application de la clause transversale générale, si le prêteur veille à mettre en place un système de protection au cours du processus de conclusion du contrat de crédit par voie électronique, ce contrat aura la même valeur juridique qu'un contrat de crédit conclu sur papier.

Toutefois, lorsque le signataire utilise une signature électronique, les risques liés au blanc seing sont inexistants, étant donné qu'il est impossible à l'autre partie de modifier le contenu du document électronique ainsi signé. Dès lors, le problème du blanc seing électronique ne se pose pas en termes de risque de fraude. Tout au plus, certains éléments du contrat ont pu ne pas être déterminés, ni acceptés par le signataire. C'est alors en vue de résoudre cet inconvénient majeur que la formalité imposée par le législateur intervient.

On relève que, dans l'environnement numérique, il existe d'autres moyens, bien plus efficaces que l'affichage d'une mention "Ne signez jamais un contrat non rempli", pour éviter que certains éléments du contrat demeurent indéfinis. Par exemple, si l'offre de crédit se présente comme un formulaire électronique à compléter, il est techniquement possible d'empêcher que le contrat soit signé tant que tous les champs n'ont pas été remplis. Avant de signer numériquement, le consommateur pourrait être invité à valider le contrat en cliquant sur une icône spécifique. Si le contrat était incomplet, un message d'erreur apparaîtrait à l'écran, informant le consommateur du champ qui est resté vacant et de l'obligation de le compléter

¹¹⁷ On relève que la jurisprudence semble être particulièrement attentive à la visibilité de cette mention. Ainsi, il a été jugé qu'une mention reproduite dans le même type de caractère que le reste du texte, ou figurant dans le corps même du texte, ne ressort pas suffisamment et, partant, ne satisfait pas à l'exigence de l'article 14, § 4, 2°, CC (Civ. Gand, 21 janvier 2000, *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 93 ; Civ. Gand, 2 mars 2001, *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 99). Est également jugée insuffisante la mention reproduite dans la marge, à l'extrême gauche au bas du formulaire d'offre de crédit, dans un cadre étroit bleu – alors que le reste du texte est imprimé dans le même bleu – et disposée dans une position verticale. L'on ne peut pas exiger d'un consommateur normalement attentif qu'il fasse tourner le document dans toutes les directions pour prendre connaissance des avertissements prescrits par la loi qui ont pour but d'attirer son attention sur des éléments particulièrement essentiels et de le protéger (J.P. Landen, 28 juin 2000, *Ann. jur. du crédit*, 2000, p. 44).

pour pouvoir conclure le contrat. Un dispositif logiciel garantirait que le processus ne peut aboutir à la conclusion du contrat par voie électronique tant que le consommateur n'a pas entièrement rempli le contrat.

C'est face à ces méthodes originales et spécifiques aux contrats conclus par voie électronique que la clause transversale générale prend toute son importance.

De prime abord, on semble bien loin de la formalité requise par l'article 14, § 4, CC, et le juge pourrait être tenté d'annuler¹¹⁸ le contrat conclu par voie électronique, au seul motif que la mention requise n'apparaît pas aux yeux du consommateur.

Mais la clause transversale générale nous invite à nous détacher d'un formalisme obtus, pour adopter une conception ouverte des exigences de forme, afin d'admettre juridiquement les contrats conclus par voie électronique lorsque tous les objectifs visés par la formalité sont atteints. Dans le cas d'espèce, la fonction de l'exigence formelle est, on l'a dit, d'empêcher qu'un contrat non rempli puisse être signé par le consommateur. Dans cette optique, *tout procédé permettant d'atteindre efficacement cet objectif devrait être considéré comme valable*. Ainsi, il serait excessif qu'un juge annule le contrat conclu par voie électronique sous prétexte que la mention requise par l'article 14 n'apparaît pas à l'écran, alors qu'il n'est pas douteux qu'un dispositif de sécurité tel que décrit ci-dessus empêche – bien plus efficacement qu'une simple mention – un blanc seing.

La clause transversale générale s'avère donc un outil précieux pour reconnaître pleine et entière valeur juridique à des contrats conclus par voie électronique selon des procédés *a priori* éloignés de la formalité requise, mais revêtant les mêmes qualités fonctionnelles.

F. Application : l'exigence de datation selon l'approche fonctionnelle

Parmi les exigences formelles relatives au processus contractuel, on retrouve fréquemment celle de la mention de la date. Certes, pour les actes sous seing privé, les auteurs s'accordent à considérer que, normalement, la date n'en constitue pas l'un des éléments essentiels¹¹⁹. Toutefois, dans certaines hypothèses, le législateur exige la mention de la date dans un acte sous seing privé, en particulier dans les rapports de consommation. C'est le cas, notamment, du contrat de crédit à la consommation¹²⁰, du contrat de voyage et d'intermédiaire de voyage¹²¹, du contrat d'assurance terrestre¹²², etc. Ainsi, l'article 4, § 3, AT, prévoit que "*dès leur réception, l'assureur procédera au datage systématique des propositions d'assurance, des polices présignées et des demandes d'assurance.*"

Les fonctions de ces exigences légales de datation sont multiples et souvent liées à la particularité de l'acte à dater¹²³. Il peut s'agir, entre autres, de permettre de vérifier la capacité

¹¹⁸ Sanction prévue à l'article 86 CC.

¹¹⁹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. IV, n° 2267, pp. 632-633 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., n° 744, p. 690 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XIX, n° 205, p. 218 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 64 ; J. MAZEAUD, "L'acte non daté : étude sur la charge de la preuve de la date entre les parties", note sous Cass. fr., *J.C.P.*, 1965, II, 14101 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 294, p. 142.

¹²⁰ Art. 17 CC

¹²¹ Art. 10, § 1^{er}, et 23, § 2, VO.

¹²² Art. 4, § 3, et art. 10, § 2, AT.

¹²³ Pour quelques illustrations, voy. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 329-333 ; *Pandectes belges*, t. 28, v° Date, 16, n° 4.

des parties, de fixer un délai, de prévenir les fraudes, de déterminer, en cas de pluralité d'actes inconciliables, lequel révoque les autres et doit par conséquent être exécuté, de faire connaître la législation applicable à la forme et au contenu de l'acte au moment où il a été passé, ou encore de fournir aux parties un moyen de preuve en cas de contestation. En l'espèce, l'objectif de cette règle est d'accroître la sécurité juridique dans le cadre de processus où la chronologie est importante : la date de prise d'effet des garanties dans la police présignée et dans la demande d'assurance est, en effet, le lendemain de la date de réception de ces documents par l'assureur.

Dans l'univers "papier", la mention de la date signifiait, par la force des choses, une inscription (manuscrite, dactylographiée, imprimée, réalisée à l'aide d'un cachet...), apposée directement sur l'acte à dater, c'est-à-dire sur le papier.

Dans l'environnement numérique, il est possible de dater un document en inscrivant simplement la date *dans le contenu* de l'acte électronique lui-même et de garantir son intégrité en utilisant, par exemple, une signature électronique. En application de la clause transversale générale, on peut accueillir favorablement un tel procédé, qui permet de garantir les fonctions traditionnellement dévolues à la date. Toutefois, dans le cas de l'article 4, § 3, AT, le procédé ne semble guère pratique, étant donné qu'il nécessite la modification, au cas par cas, du contenu de documents signés électroniquement par le preneur d'assurance.

Ainsi est-on amené à se pencher sur d'autres techniques de datation, plus adéquates. En effet, il existe un mode de datation spécifique aux documents électroniques, appelé horodatage électronique. L'horodatage électronique (ou horodation ou *time stamping*) est un procédé attribuant avec certitude une marque de temps précise (date et heure) à un document électronique, grâce à l'intervention d'un tiers de confiance appelé tiers horodateur (en anglais, *Time Stamping Authority – TSA*)¹²⁴.

Techniquement, le système procède de la même manière que la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique¹²⁵. Le tiers horodateur applique au document électronique un algorithme de hachage, c'est-à-dire une fonction de compression irréversible permettant de calculer le condensé du document. Ce condensé se voit ensuite attribuer une marque de temps¹²⁶, avant d'être signé par le tiers horodateur au moyen d'une clé générée exclusivement à cet effet. On qualifie parfois cette opération de "signature de date"¹²⁷. Au terme de ce processus, le document électronique est ainsi doté d'un certificat d'un type particulier,

¹²⁴ Concernant les aspects techniques de l'horodatage, voy. T. LIEUTENANT et S. MARIN, "Archivage et horodatage de documents électroniques", étude réalisée dans le cadre du projet *e-Justice*, 14 mai 2001, <http://www.droit.fundp.ac.be/e-justice/documents.htm>, pp. 15 à 18 ; T. PIETTE-COUDOL, *Echanges électroniques, certification et sécurité*, Paris, Litec, 2000, n^{os} 259 à 262, pp. 145 à 147. Voy. également le protocole d'horodatage (*Time Stamping Protocol*) établi par l'I.E.T.F (*Internet Engineering Task Force*) dans le RFC n^o 3161 (*Request for Comments*), finalisé en août 2001 et disponible sur le site de l'I.E.T.F (www.ietf.org). Ce protocole étend le célèbre protocole Internet X.509 qui définit les normes internationales pour les infrastructures à clé publique (*Public Key Infrastructure*).

¹²⁵ Pour plus de détails sur les aspects techniques de la signature digitale fondée sur la cryptographie asymétrique, voy. les références citées à la note 160.

¹²⁶ Pour horodater un document, le tiers horodateur se réfère au Temps Universel Coordonné (UTC), afin d'éviter toute confusion entre les différents fuseaux horaires. L'UTC est une échelle de temps fondée sur la seconde et destinée à être utilisée dans le monde entier. L'UTC est calculé par le Bureau International des Poids et Mesures (www.bipm.org), sur la base du temps atomique international, à partir des données de plus de 200 horloges atomiques réparties dans une cinquantaine de laboratoires nationaux.

¹²⁷ Voy. les explications fournies par deux prestataires de services d'horodatage en Allemagne et en France : www.authentidate.de et www.anteriority.com.

contenant le condensé horodaté et signé. Par la suite, sur la base de ce certificat, il sera possible de s'assurer que le document a bel et bien été horodaté au moment indiqué, en vérifiant la signature du tiers horodateur. De surcroît, le certificat permet de garantir que le document n'a subi aucune modification entre-temps. A cet effet, il suffira de lui appliquer la fonction de hachage afin d'obtenir un nouveau condensé, et de comparer ce dernier à celui qui figure dans le certificat, pour contrôler leur parfaite similitude.

L'horodatage électronique pourrait se révéler particulièrement pratique pour l'assureur, qui serait ainsi en mesure de dater de manière fiable et automatique, dès sa réception, tout type de document. Reste à évaluer si le procédé est recevable d'un point de vue juridique.

Si l'on s'en tient à une interprétation stricte, on pourrait voir dans le formalisme de datation l'exigence d'une mention inscrite dans le contenu du document lui-même, et donc couchée directement sur son support. Selon une telle approche, il faudrait écarter l'horodatage électronique comme un procédé non valable de datation, au motif qu'il associe logiquement (et non physiquement) une marque de temps au document.

Cependant, l'approche fonctionnelle, privilégiée par la clause transversale, invite à se détacher du support pour s'orienter vers les fonctions de l'exigence de date. Ainsi, peut-on estimer que, s'il est question de datation d'un document, il s'agit avant tout de localisation d'un acte ou d'un fait juridique dans le temps¹²⁸, quelle que soit la méthode employée à cet effet. "C'est pourquoi tout procédé propre à localiser l'acte dans le temps constitue une date valable. (...) La date peut être énoncée d'une manière quelconque, pourvu qu'elle ne suscite aucune hésitation"¹²⁹. Ainsi, à défaut d'autres précisions dans la loi, et du moment qu'elle permet de situer l'acte dans le temps, une date peut s'exprimer en chiffres, en lettres, à travers une expression explicite¹³⁰, par référence à un événement précis, etc. De même, à travers les âges, on a admis la datation par des modes aussi divers que le papier timbré, le cachet (de la poste), la machine à pointer, l'horodateur, etc.

L'application de la clause transversale générale nous porte donc à conclure que l'horodatage électronique peut être accueilli favorablement, pour autant que le procédé garantisse à suffisance la fiabilité de la date attribuée. Or, telle que nous l'avons décrite ci-dessus, la technique d'horodatage, confiée aux soins d'un tiers de confiance, remplit largement ces conditions, puisqu'elle assure, outre l'exactitude de la date, son intégrité ainsi que celle du document daté.

¹²⁸ En ce sens, M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, op. cit., p. 329 ; B. SOUSI-ROUBI, "Variations sur la date", *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, pp. 69 à 108, spéc. p. 77.

¹²⁹ M.-A. GUERRIERO, op. cit., p. 329.

¹³⁰ Jour de Noël 1872, premier de l'An 2002, jour de mon 50^e anniversaire, etc.

II. LES CLAUSES TRANSVERSALES PARTICULIÈRES (art. 17, § 2)

Un rapide tour d’horizon a tôt fait de démontrer que certaines formalités sont exigées de manière récurrente par le législateur. Il s’agit de l’exigence d’un écrit (A), d’une signature (B) et de mentions manuscrites (C). Ces formalités classiques font l’objet de l’article 17, § 2, du projet de loi, qui énonce trois clauses transversales particulières.

L’article 17, § 2, se présente ainsi comme une concrétisation de la clause transversale générale, en dégagant les qualités fonctionnelles de ces trois formalités. Dès lors, ce qui a été dit précédemment à propos de la clause transversale générale est d’application pour les clauses transversales particulières. Ainsi, ces clauses appliquent la théorie des équivalents fonctionnels à toute exigence d’un écrit, d’une signature ou d’une mention manuscrite, relative au processus contractuel et limitée à celui-ci, dans des hypothèses non exclues par l’article 18.

A. La clause transversale relative à l’écrit

A l’occasion de l’adaptation du droit de la preuve aux technologies nouvelles par la loi du 20 octobre 2000, le législateur belge n’avait pas jugé utile de définir le concept d’écrit. L’exposé des motifs de cette loi précisait en effet : “Afin d’éviter de devoir introduire dans le Code civil un concept totalement nouveau tel que celui de *document* ou *d’information*, ce qui mettrait en péril la cohérence du Code, le projet ne touche pas au concept *d’écrit*”. Ce même exposé ajoute que “Cette notion n’a nulle part été définie expressément dans le Code civil, mais la jurisprudence et la doctrine s’accordent de plus en plus pour considérer qu’il convient de l’interpréter de façon large et qu’il ne faut pas considérer comme écrit le seul texte manuscrit ou imprimé sur un support papier”¹³¹.

Si la plupart des auteurs s’accordent effectivement à dissocier l’écrit de tout support¹³², les opinions divergent quant à ses fonctions. Une partie de la doctrine attribue à l’écrit les qualités de lisibilité, de stabilité et d’inaltérabilité, tandis que d’autres estiment que certaines de ces qualités ne sont pas de l’essence de l’écrit, mais des caractéristiques de son support traditionnel, à savoir le papier¹³³.

Face aux controverses relatives à la notion d’écrit, on ne pouvait se passer plus longtemps d’une définition légale de l’écrit. C’est ainsi que l’article 17, § 2, 1^{er} tiret, du projet de loi dispose que “*l’exigence d’un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*”.

¹³¹ Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 38/6, p. 11.

¹³² Voy. M. FONTAINE, “La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles”, in *La Preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 18 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, “Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification”, *R.G.D.C.*, 1998, n° 4/5, p. 291 ; A. PRÜM, “L’acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance”, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 267. Pour une étude approfondie du concept d’écrit au regard des nouvelles technologies, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, spéc. pp. 117 à 119 ; D. MOUGENOT, “Faut-il insérer une définition de l’écrit dans le Code civil ?”, in *Revue Ubiquité*, 2000/7, pp. 121-128.

¹³³ A ce sujet, outre les références citées à la note précédente, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, “Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne”, *op. cit.*, p. 207.

1. Distinction entre l'écrit et son support

Dans la lignée de la clause transversale générale, cette clause transversale particulière adopte une approche fonctionnelle de l'écrit, qui se trouve ainsi dégagé de tout support ou mode de transmission, et en particulier du papier, son support traditionnel.

Dès lors, un écrit peut être fixé ou transmis sur tout support, matériel ou immatériel : papier, CD-ROM, disquette, disque dur, fibre optique... Il est intéressant de noter que cette conception ouverte de la notion d'écrit se retrouve dans une disposition antérieure au projet de loi, l'article 4, § 1^{er}, et 5, § 1^{er}, VAT, qui précise que "*Les établissements mettent à la disposition de leurs clients effectifs et potentiels des informations écrites y compris, le cas échéant, par voie électronique (...)*". Cette formulation nous semble de la même veine que la clause transversale examinée ici, puisqu'elle sous-entend que l'écrit peut revêtir la forme électronique, étant indépendant de tout support ou mode de transmission particulier.

Par contre, on relève, dans d'autres législations soucieuses de permettre le recours aux nouvelles technologies, des formulations qui trahissent une conception de l'écrit tributaire du support papier. En effet, au lieu d'exiger un écrit, en laissant les parties libres de choisir un support, certaines dispositions donnent le choix entre l'écrit *ou un autre support*. Une telle formulation nous semble erronée à double titre. D'une part, elle sous-entend, à tort, que l'écrit est un support parmi d'autres. A l'évidence, l'écrit est ici confondu avec l'écrit *sur papier*. D'autre part, elle nous paraît maladroite, étant donné qu'elle semble laisser le choix entre un écrit *ou un support*. Or, en tout état de cause, quel que soit le support, on n'échappe pas à l'écriture.

A titre d'exemple, épinglons des expressions telles que "*par écrit ou au moyen de tout autre support*"¹³⁴, "*par écrit ou sur un autre support durable*"¹³⁵, sans omettre l'énumération d'une liste de supports et de moyens de transmission auxquels est mêlé l'écrit : "*au moyen d'une technique de téléprocéssing, sur support magnétique, par écrit ou par tout moyen permettant de garantir le respect des principes contenus à l'article 69, § 4 et § 6, de la loi*"¹³⁶. Ces dispositions ne constituent certes pas un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, mais bien une incohérence flagrante par rapport à la conception ouverte que veut imposer la clause transversale relative à l'écrit.

2. L'écrit comme exigence minimale

Il convient également de distinguer l'écrit d'autres notions, telles que l'acte sous seing privé, l'acte authentique, l'original, la copie, etc. Comme le souligne le Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique : "lorsqu'on adopte une approche fonctionnelle, il faut garder à l'esprit que l'exigence d'un écrit doit être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme, qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits"¹³⁷. L'exigence d'un écrit doit donc être considérée comme une exigence *minimale*, à laquelle on peut ajouter celle d'une signature, de l'intervention d'un notaire, etc.

¹³⁴ Art. 3 ARIFV.

¹³⁵ Art. 79, § 1^{er}, al. 1^{er}, LPC ; art. 4, § 1^{er}, al. 2, TEF, art. 5, § 1^{er}, TEF

¹³⁶ Art. 6 ARDPC.

¹³⁷ Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), n° 49.

Certes, l'exigence d'une signature est parfois implicitement liée à celle d'un écrit. Ainsi, lorsque l'article 10, § 1^{er}, AT dispose que le contrat d'assurance se prouve par écrit, il n'est pas besoin de lire qu'il faut une signature pour comprendre que le législateur exige ici un acte sous seing privé. Mais il est des cas où le législateur prend la peine de préciser explicitement que l'écrit exigé doit en outre être signé, ce qui signifie qu'à ses yeux, le concept d'écrit n'implique pas nécessairement une signature. C'est le cas, par exemple, de l'article 19, al. 3, CC, qui stipule que la notification au prêteur de la livraison du bien ou de la prestation du service financé est constituée obligatoirement "*par un écrit, notamment un document de livraison, daté et signé par le consommateur*".

Toutefois, une telle association entre l'écrit et la signature n'est pas systématique. Ainsi, l'écrit qui est exigé à l'article 79, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la LPC pour la confirmation d'informations au consommateur dans le cadre de la conclusion d'un contrat à distance ne doit à l'évidence pas être signé.

3. Les qualités fonctionnelles minimales de l'écrit : lisibilité et stabilité

L'écrit est appelé à remplir bien des fonctions au cours du processus contractuel, selon qu'il est envisagé comme une exigence *ad validitatem* ou *ad probationem*, à des fins fiscales, de publicité ou d'information, ou encore au cours d'une démarche administrative concernant le contrat¹³⁸.

Mais on a vu que la clause transversale particulière saisit l'écrit dans sa conception minimale. Dans cette optique, les qualités fonctionnelles qu'elle énonce constituent le dénominateur commun de toutes les formalités relatives à l'écrit.

Ainsi, l'écrit est considéré comme *une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement*. Il se compose donc d'un ensemble de lettres ou de chiffres (tel le langage binaire) doté de sens et *lisible*, soit directement, soit par le biais d'un dispositif quelconque (ordinateur, logiciel *ad hoc* et éventuellement logiciel de décryptage). L'écrit doit en outre être suffisamment *stable*, puisqu'il doit pouvoir être consulté ultérieurement.

Dans certains cas, l'écrit exigé ne doit pas présenter d'autres qualités aux yeux du législateur. C'est le cas, notamment, lorsque des mentions informatives sont exigées préalablement à la conclusion du contrat, sans que ces informations soient intégrées au contenu obligationnel. Il s'agit là d'une exigence, implicite, d'un écrit stable et lisible. On songe, par exemple, aux informations devant être fournies avant la passation d'une commande sur un site web¹³⁹.

¹³⁸ A titre d'exemple, le guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique énumère, de manière non exhaustive, onze fonctions traditionnellement assurées par l'écrit sur papier : "1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles ; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat ; 3) fournir un document lisible par tous ; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace de l'opération ; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux ; 8) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention ; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible ; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires ; 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un écrit était requis aux fins de validité" (n° 48).

¹³⁹ Art. 9, § 1^{er}, SSI.

4. Les qualités supplémentaires de l'écrit

Lorsque l'écrit doit présenter des garanties additionnelles (inaltérabilité, signature, mentions manuscrites, emploi de certains caractères, support durable...), le respect de ces exigences supplémentaires sera apprécié souverainement par le juge, à la lumière des clauses transversales générale ou particulières.

Ainsi, il ressort des articles 14 et 17 CC que le contrat de crédit à la consommation doit être un *écrit*, remis en *deux exemplaires*, contenant des *mentions obligatoires*, dont certaines à présenter sous une forme spécifique (*sous forme d'alinéas séparés et en caractères gras d'un type différent*), à un endroit précis (*à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature*), et sous un *libellé imposé*. Cet écrit doit en outre être *signé*, et la signature du consommateur doit être précédée de certaines *mentions manuscrites*, le cas échéant *en toutes lettres*. Ainsi, pour ce seul contrat, toutes les clauses transversales de l'article 17 devront être mises en œuvre. En application de la clause transversale générale, on peut ajouter l'*inaltérabilité* comme qualité fonctionnelle supplémentaire à cet écrit, étant donné que ces formalités sont requises non seulement *ad validitatem*, mais également à des fins probatoires.

5. L'écrit et les documents du processus contractuel

L'exigence d'un écrit peut se rencontrer non seulement lorsqu'il s'agit de rédiger le contrat, mais aussi à tout moment du processus contractuel et pour tout type de document. Par ailleurs, l'exigence d'un écrit (signé ou non) peut être implicite, en particulier lorsque la loi requiert des mentions, le cas échéant manuscrites, ou l'emploi de certains documents. A titre de curiosité, on mentionnera l'article 23, § 1^{er}, VO qui, pour exiger la rédaction d'un écrit, dispose que "*toute vente par un intermédiaire de voyages d'une prestation de voyage ou de séjour ou d'une autre prestation doit faire l'objet d'un contrat*" (*sic*).

Ainsi, la notion d'écrit est sous-jacente aux termes *brochure*, *prospectus*, *bon de commande*, *avenant*, *lettre*, *formulaire*, etc.

Il convient dès lors d'appréhender ces documents selon l'approche fonctionnelle suggérée par la clause transversale particulière relative à l'écrit. D'abord, ces documents doivent être distingués de leur support, et en particulier du papier. Ils peuvent donc revêtir la forme électronique. Ensuite, les qualités fonctionnelles minimales de ces documents doivent être, comme pour l'écrit, la lisibilité et la stabilité.

Toutefois, si le choix du législateur s'est porté sur un certain type de document au lieu d'exiger un simple écrit, c'est que ce document revêt à ses yeux des qualités additionnelles qui lui sont propres. Ainsi, un avenant doit être signé, un formulaire ou un bon de commande sont des écrits organisés d'une certaine façon, selon un contenu et une forme parfois définis par la loi, etc.

A nouveau, la détermination et la préservation de ces qualités additionnelles se feront à la lumière de la clause transversale générale et, le cas échéant, des autres clauses transversales particulières.

A titre d'exemple, l'article 5 VO énonce les mentions que doit contenir toute brochure mise à la disposition du consommateur. A la lecture de cette disposition prise isolément, on pourrait croire que les fonctions minimales de l'écrit sont suffisantes pour que les qualités fonctionnelles de la brochure soient préservées. Toutefois, l'article 6 de la loi précise que les

informations contenues dans la brochure de voyages engagent l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages. Par ailleurs, l'article 10, § 3, permet de remplacer les mentions obligatoires du contrat de voyage par de simples références à la page de la brochure de voyage contenant ces informations. Dès lors, la brochure de voyage fait bel et bien partie du contenu obligationnel du contrat et pourra, le cas échéant, être produite pour faire la preuve des engagements du professionnel. A ce titre, l'article 9, § 2, du projet de loi, nous semble d'application : *“les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire”*. Par contre, la signature des parties n'est pas requise.

Il conviendra de tenir compte de ces qualités et fonctions additionnelles en présence d'une brochure sous forme électronique. Ainsi, une brochure sous forme de CD-ROM remis au consommateur, un fichier téléchargé sur un site ou attaché à un courrier électronique, présentent en principe toutes les qualités requises. Il peut en aller de même d'un site web, à condition que le consommateur soit vivement encouragé par le prestataire à imprimer les pages concernées, par exemple au moyen de messages apparents et non équivoques, et que le site soit configuré de telle manière que ses pages puissent être correctement et entièrement imprimées.

De la même manière, lorsque le législateur exige que le bon de commande ou le contrat de voyage mentionne au moins les conditions d'assurance *“ou l'indication de la page de la brochure où figurent ces informations”*¹⁴⁰, cette exigence de forme pourra être satisfaite sur un site web si, à défaut de reprendre *in extenso* dans le contrat les conditions d'assurance, le professionnel y fait figurer un hyperlien renvoyant à la page de son site contenant ces informations, avec une invitation expresse à imprimer ces informations, en soulignant leur importance pour l'exécution du contrat.

Ces exemples montrent que l'approche fonctionnelle de l'exigence d'un écrit peut être également appliquée aux nombreuses dispositions préconisant l'emploi de certains documents, afin de permettre le recours à la voie électronique. Toutefois, il ne faudrait pas s'en tenir aux fonctions minimales attribuées par cette clause à l'écrit. Il convient également de vérifier, à la lumière de la clause transversale générale, si des qualités additionnelles ne sont pas attendues du document en question.

B. La clause relative à la signature

L'article 17, § 2, deuxième tiret, du projet de loi est libellé comme suit :

“Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification”.

Un commentaire circonstancié de cette disposition exigerait des développements importants sur les aspects techniques de la signature électronique et sur les modalités de son introduction dans notre droit. La place nous fait ici défaut pour de tels développements¹⁴¹. Le sujet a déjà

¹⁴⁰ Art. 10, § 1^{er}, 14°, VO et art. 23, § 2, 14°, VO.

¹⁴¹ Sur les aspects techniques des signatures électroniques, voy., parmi d'autres, A. JAMAR, “La sécurité des transactions – Introduction technique”, in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège,

fait couler beaucoup d'encre, dont la nôtre¹⁴², et nous renvoyons donc le lecteur à cette abondante littérature¹⁴³.

Dans le cadre de cette étude, qu'il nous soit permis de nous en tenir à l'essentiel, à savoir justifier la nécessité de cette clause transversale relative à la signature et expliquer brièvement les choix qui ont présidé à sa rédaction.

Comme l'on sait, pour adapter notre droit de la preuve aux nouvelles technologies, le législateur belge a pris le parti d'adopter deux textes distincts¹⁴⁴ : un texte général visant à introduire, dans le Code civil, une définition fonctionnelle de la signature électronique, et un texte plus technique, sous la forme d'une loi particulière, visant à désigner un mécanisme de signature électronique présumé apte à réaliser les fonctions attendues.

Tout d'abord, un nouvel alinéa a été ajouté à l'article 1322 du Code civil par la loi du 20 octobre 2000 "introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire"¹⁴⁵. Cette disposition donne une définition fonctionnelle de la signature électronique, consacre sa recevabilité de principe comme preuve en justice et fixe les conditions de son assimilation à la signature manuscrite du point de vue de sa force probante.

Il faut mentionner ensuite la loi du 9 juillet 2001 "fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification"¹⁴⁶. Cette loi accorde un régime de faveur à la "signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique". Sans préjudice d'une éventuelle procédure en vérification d'écritures, pareille signature¹⁴⁷ est

Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 21 et s. ; P. TRUDEL et alii, *Droit du cyberspace*, Québec, Thémis, 2000, chap. 19 ; J. DUMORTIER et P. VAN EECKE, "De nieuwe wetgeving over digitale en elektronische handtekening", in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht*, Die Keure, 1999, pp. 1 et s. ; J. HUBIN, *La sécurité informatique, entre technique et droit*, Cahiers du CRID, n° 14, E. Story-Scientia, 1998, spéc. pp. 68-112 ; S. PARISIEN et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Québec, Ed. Yvon Blais Inc., 1996 ; D. SYX, "Vers de nouvelles formes de signature ? Le problème de la signature dans les rapports juridiques", *Dr. Inform.*, 1986/3, pp. 133-147.

¹⁴² E. MONTERO, "Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique", *La preuve*, Formation permanente CUP, 2002, vol. 54, pp. 41-82 ; D. GOBERT et E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", *J.T.*, 2001, pp. 114-128 ; *Idem*, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle", *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39.

¹⁴³ En doctrine belge, parmi les études les plus récentes, outre celles citées à la note précédente, voy. B. DE GROOTE, "Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen", *A.J.T.*, 2001, pp. 881-901 ; J. DUMORTIER et S. VAN DEN EYNDE, "De juridische erkenning van de elektronische handtekening", *Computerr.*, 2001, pp. 185 et s. ; M.E. STORME, "De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen", *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1525 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, "La preuve du contrat conclu par voie électronique", in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 51-137 ; D. MOUGENOT, "Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives", *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, octobre 1997, pp. 45-105 ; E. DAVIO, "Certification, signature et cryptographie", in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, E. Story-Scientia, 1997, pp. 65-86.

¹⁴⁴ Sur les raisons de ce choix, voy. E. MONTERO, "Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique", *op. cit.*, pp. 45-47, n°s 5 et 6.

¹⁴⁵ *M. B.*, 22 décembre 2000, p. 42698.

¹⁴⁶ *M.B.*, 29 juillet 2001, p. 33070.

¹⁴⁷ Pour faire bref, certains auteurs désignent ce type de signature électronique à l'aide de divers raccourcis : "signature électronique parfaite" (P. LECOCQ et B. VANBRABANT) ou "signature électronique sécurisée" (E. DAVIO) ou encore "signature électronique qualifiée" (Ph. DEGAVRE). Guidé par un même souci de commodité, dans la suite de l'exposé, nous adopterons, pour notre part, cette dernière dénomination.

assimilée de plein droit à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale (art. 4, § 4 de la loi). Pour le reste, comme l'indique son intitulé, la loi définit le régime juridique applicable aux activités des prestataires de service de certification, ainsi que les règles à respecter par ces derniers et par les titulaires de certificats¹⁴⁸.

Venons-en à la justification de la clause transversale qui retient notre attention (1) et à l'analyse de celle-ci (2).

1. Pourquoi cette clause transversale ?

Il est à remarquer que la modification du Code civil, opérée par l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 1322, se situe dans la seule orbite du droit de la preuve. Cela se déduit notamment de sa localisation dans le Code civil. Dès lors, cette réforme n'affecte pas, en principe, les situations où une signature manuscrite est requise pour la validité d'un acte juridique ou son opposabilité aux tiers.

A titre d'exemple de signature requise *ad validitatem*, on peut songer à l'article 17 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, dont il résulte que "le contrat est conclu par la signature du document contenant l'offre visée à l'article 14", signature qui doit être précédée de diverses mentions manuscrites. Pareille exigence ressortit bien au formalisme de validité dès lors que les sanctions prévues en cas de non-respect (cf. art. 86 et 92, CC) – affectent le *negotium*.

Certes, on pourrait être tenté d'estimer que l'équivalence désormais reconnue, sur le terrain de la preuve, entre l'écrit pourvu d'une signature électronique et l'écrit assorti d'une signature manuscrite vaut également sur le terrain du formalisme de la validité ou de l'opposabilité. Cependant, rien n'est moins sûr. Le doute subsiste car ces dernières manifestations du formalisme obéissent à des préoccupations différentes (la protection du contractant ou des tiers) que le formalisme probatoire. La prudence commande de circonscrire l'effet de la loi dans les limites de son domaine propre, celui du droit de la preuve¹⁴⁹.

La clause transversale commentée ici permet d'obvier à cette lacune, en consacrant le principe suivant lequel toute exigence de signature prescrite à quelque étape que ce soit du processus contractuel et à toutes fins généralement quelconques peut être satisfaite par le recours à une signature électronique aux conditions fixées par le texte.

Cette interprétation résulte d'une lecture combinée de la clause particulière et de la clause générale. En effet, la clause générale pose le principe de l'admissibilité des équivalents électroniques à toute exigence de forme, et détermine le domaine (à savoir, le processus contractuel) et la condition d'application dudit principe (à savoir, la préservation des qualités fonctionnelles de la forme concernée).

L'intérêt de la clause transversale particulière qui nous occupe est de préciser, pour le cas de la signature, dans quelles circonstances cette condition est remplie. A cet effet, il est nécessaire et suffisant que le mécanisme de signature utilisé satisfasse aux "*conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9*

¹⁴⁸ Pour un commentaire de cette loi, voy. D. GOBERT, "Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001", *La preuve*, Formation permanente CUP, vol. 54, 2002, pp. 83-172.

¹⁴⁹ Pour une semblable analyse en droit français, voy. P. CATALA, "Le formalisme et les nouvelles technologies", *op. cit.*, p. 905, n^{os} 13 et 14.

juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification”.

Un élémentaire souci de cohésion imposait que l’on ne retienne pas deux notions différentes de la signature – comme de l’écrit – selon qu’elle est exigée *ad probationem* ou à d’autres fins (*ad validitatem*, en particulier). Pour dissiper tout doute à cet égard, encore convenait-il d’inscrire dans un texte cette conception unitaire de la notion.

2. Analyse de la clause transversale

Pour le cas où une signature est exigée à des fins autres que probatoires, la clause suggère de faire le lien soit avec l’article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit avec l’article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001.

La référence au principe d’assimilation à la signature manuscrite consacré par l’article 4, § 4, de la loi précitée va pratiquement de soi, pour au moins trois motifs :

- tout d’abord, lorsqu’une signature électronique “qualifiée” est présentée au juge, ce dernier ne dispose d’aucun pouvoir d’appréciation quant au fait de savoir si les fonctions de la signature sont remplies ; il doit se borner à constater que les exigences énoncées à l’article 4, § 4, sont rencontrées¹⁵⁰, auquel cas la signature en question est assimilée de plein droit à une signature manuscrite.
- ensuite, contrairement au cas de l’article 1322, alinéa 2, du Code civil, aucun élément ne permet de considérer que la loi du 9 juillet 2001 s’inscrit dans le seul champ du droit de la preuve.
- enfin, sur le plan psycho-sociologique, nous sommes portés à croire que la lourdeur des opérations nécessaires à l’obtention et à l’utilisation d’une signature électronique qualifiée suppose une détermination de nature à attirer l’attention du signataire et à lui faire prendre conscience des conséquences juridiques de son geste.

Pour les raisons inverses, la référence à l’article 1322, alinéa 2, est moins évidente. Des mécanismes de signature ordinaires – aisés à mettre en œuvre – peuvent en principe satisfaire aux conditions d’imputabilité et d’intégrité¹⁵¹. En outre, en cas de contestation, le juge jouit d’un pouvoir d’appréciation non négligeable pour décider si oui ou non telle signature électronique satisfait aux conditions énoncées au texte. Il s’ensuit que le recours à une signature électronique non qualifiée expose les parties contractantes à la nullité du *negotium* (ou aux autres sanctions prévues en l’absence de signature) si l’une d’elles en venait à contester sa signature et si le juge devait conclure à l’inaptitude du procédé à assurer les fonctions d’imputabilité et d’intégrité.

¹⁵⁰ A cet égard, les vérifications auxquelles le juge doit procéder seront généralement aisées et rapides. Ainsi, en particulier, si la signature électronique est basée sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité, le juge pourra se contenter de vérifier la réalité de cette accréditation – qui, pour rappel, n’est nullement obligatoire, la seule obligation liée à l’émission de certificats qualifiés consistant à faire une déclaration auprès de l’Administration ! (art. 4, § 2, de la loi). Pour de plus d’explications à ce sujet, voy. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 119 à 121, n^{os} 105 à 107.

¹⁵¹ Pour une analyse plus nuancée, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques... », *op. cit.*, pp. 62-65, n^{os} 25 à 29 et pp. 70-73, n^{os} 37 à 40.

Cela étant, une relation de confiance suffisante peut exister entre les parties en manière telle qu'aucune d'elles ne redoute la mauvaise foi de l'autre. Par ailleurs, la validité de l'acte juridique ne saurait être discutée dès l'instant où le juge a estimé que les conditions exigées par l'article 1322, alinéa 2, sont satisfaites. Aussi, le projet n'a-t-il pas voulu soustraire, par principe, au bénéfice de la clause transversale sous examen, les signatures électroniques visées à cet article. A tout prendre, dans la logique de l'herméneutique fonctionnaliste des formes, prônée par le projet de loi, les juges pourraient être enclins à faire preuve de souplesse dans l'appréciation des conditions fixées par l'article 1322, alinéa 2, du moins dans le cas où ils soupçonneraient la mauvaise foi d'une partie (qui, en désavouant sa signature, chercherait uniquement à se dégager des liens contractuels) et voudraient y faire échec.

C. La clause relative aux mentions manuscrites

Une troisième formalité classiquement exigée par le législateur est celle relative à d'éventuelles mentions manuscrites.

L'exigence d'une mention manuscrite a pour objectif de protéger celui qui s'engage, en s'assurant qu'il a pleinement conscience de l'engagement qu'il prend, en favorisant la réflexion et en diminuant les risques de faux grâce à l'apposition d'une marque personnelle et difficilement imitable¹⁵².

1. L'exigence de mentions manuscrites face à l'évolution des techniques d'écriture

Longtemps, l'exigence de mentions manuscrites a résisté à l'évolution des techniques d'écriture. Avec l'apparition de la dactylographie, les auteurs se sont demandé si un texte tapé à la machine à écrire pouvait être considéré comme "écrit de la main" de celui qui s'oblige. Le débat s'est en particulier concentré autour du testament olographe, notamment en France. Ainsi, certains auteurs ont fait observer que "si l'article 970 du Code civil exige une écriture de la main du testateur, on n'écrit jamais directement avec la main. Il y a toujours un intermédiaire qui sert de prolongement à la main (stylo, crayon). Or, qu'est la machine à écrire sinon un instrument plus perfectionné que la plume ? L'article 970 du Code civil en disant « de la main du testateur » a voulu que le testament soit l'œuvre personnelle du testateur, mais n'a pas imposé véritablement de procédé particulier d'écriture. Par conséquent, le testament dactylographié serait valable dès lors qu'il ne serait pas mis en doute qu'il est l'œuvre du testateur"¹⁵³. Toutefois, cette interprétation a été formellement rejetée par la Cour de cassation française, qui a affirmé, à plusieurs reprises, que seule l'écriture manuscrite était admise pour le testament olographe, au motif qu'elle, et elle seule, permet d'attester que le testament est bien l'œuvre du testateur¹⁵⁴.

Face à la multiplication des exigences de mentions manuscrites dans les contrats de consommation et l'utilisation des nouvelles technologies pour contracter, nous avons souligné, pour notre part, la nécessité d'une intervention législative en la matière. Pour appuyer la démarche législative proposée, nous avons développé une analyse proche de celle avancée ci-avant : "après tout", avons-nous écrit, "n'est-on pas en droit d'assimiler à une mention « manuscrite » le texte (« lu et approuvé pour ... francs à crédit », par exemple) que

¹⁵² Voy. N. DUTOUR et F. VIGNAL, "La mention manuscrite et l'acte authentique", *Rep. Defrénois*, 1998, p. 218, n° 1 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁵³ M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, p. 107 et les réf. citées.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 108 (et les réf. citées) et p. 334.

l'internaute introduit (avant de signer), par clavier interposé, dans le champ *ad hoc* du formulaire électronique ? La seule différence nous paraît être que la main tiendrait désormais la souris, en lieu et place de la plume. Mais, en toute hypothèse, c'est par le truchement d'un objet manipulé à l'aide de la main, que l'intéressé est invité à apposer la mention dite manuscrite. (...) On ne doute pas que, le temps passant et le commerce électronique entrant dans les mœurs, le mouvement de la souris puisse remplacer, avec un effet analogue, le mouvement de la plume"¹⁵⁵.

Dans la ligne de l'analyse suggérée, l'article 17, § 2, 3^e tiret, du projet de loi détermine les qualités fonctionnelles de cette formalité : *"l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier"*. Ainsi, cette formalité peut désormais être accomplie par voie électronique, du moment qu'il n'existe aucun doute quant à l'auteur de la mention.

2. Les mentions manuscrites et la signature

La clause transversale se veut neutre quant au procédé permettant de garantir que la mention émane bien de celui qui s'oblige. On songe immédiatement au recours à la signature électronique, mais celle-ci n'est pas indispensable pour établir quel est l'auteur de la mention requise. Dès lors, on pourrait éventuellement envisager de recourir à un système de mot de passe personnel, encodé par le client au début du processus contractuel.

Toutefois, on constate que l'exigence de mentions manuscrites dans la loi accompagne toujours celle d'une signature. Par exemple, *"Le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite en toutes lettres : 'lu et approuvé pour ... euros à crédit.' Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l'adresse précise de signature du contrat"*¹⁵⁶ ou encore *"Le recto du bon de commande mentionne (...) la signature du vendeur et la signature de l'acheteur, précédée par la mention manuscrite et en toutes lettres : 'lu et approuvé', ainsi que la date de signature"*¹⁵⁷, sans oublier la formalité du "bon pour" prévue à l'article 1326 du Code civil.

En effet, par l'apposition sur le papier d'une écriture qui est propre à l'auteur et difficilement falsifiable, les mentions manuscrites attirent l'attention sur l'importance de l'acte, mais renforcent également la fonction d'identification de la signature¹⁵⁸. Elles ne la remplacent toutefois pas, puisque la signature a en outre pour fonction de manifester l'adhésion de l'auteur au contenu de l'acte.

Dans l'environnement numérique, comme sur le papier, les mentions manuscrites seront toujours suivies d'une signature. La seule différence réside dans le fait que la fonction d'identification de celui qui s'oblige sera intégralement remplie par la signature électronique, tandis que l'écriture des mentions requises, grâce au clavier ou à la souris de l'ordinateur, aura pour seule fonction d'attirer davantage l'attention.

Pratiquement, la partie concernée devrait, avant de valider le contrat, inscrire la mention requise dans le champ prévu à cet effet. Notons par ailleurs qu'il est possible, ici aussi, de

¹⁵⁵ M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in *Le processus de formation du contrat*, op. cit., pp. 724-725, n° 73.

¹⁵⁶ Art. 17 CC.

¹⁵⁷ Art. 3, 14°, ARVAN.

¹⁵⁸ M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, op. cit., pp. 338-339.

verrouiller le système en prévoyant qu'il est impossible de valider le contrat si le champ "lu et approuvé" n'a pas été dûment rempli.

III. LA DÉLÉGATION AU ROI (art. 17, § 3)

Les clauses transversales générale et particulières visent à englober un maximum de formalités susceptibles de constituer un obstacle à l'utilisation de procédés électroniques pour contracter. Elles n'ont toutefois pas la prétention d'être exhaustives. C'est pourquoi l'article 17, § 3, du projet de loi donne délégation au Roi pour "*adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1^{er} et 2*".

A. Portée de la délégation

La délégation est ainsi faite au Roi dans certaines limites, au-delà desquelles il ne peut intervenir.

1. Obstacles non couverts par les clauses transversales

Soulignons que cette intervention du Roi ne se justifie que dans la mesure où les clauses transversales des §§ 1^{er} et 2 ne permettent pas de lever tous les obstacles formels à la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, face à une formalité susceptible de constituer un tel obstacle, il convient d'abord de se demander si l'application des clauses transversales ne suffit pas à permettre le recours à la voie électronique pour contracter. Dans la négative, une adaptation des textes s'avère alors nécessaire. C'est dans cette optique que se situe la deuxième partie de la présente étude, au terme de laquelle seules les dispositions contenant encore des obstacles, malgré l'application des clauses transversales, seront adaptées par arrêté royal.

2. Exclusions de certaines catégories de contrats (art. 18)

Par ailleurs, la totalité de l'article 17 étant exclue par l'article 18 du projet de loi pour certaines catégories de contrats, le Roi ne dispose pas du pouvoir d'adapter les dispositions relatives à ces contrats si elles constituent un obstacle à l'utilisation des nouvelles technologies pour contracter.

3. Dispositions relatives au processus contractuel

Dans les limites que nous venons de souligner, le Roi est donc habilité à adapter les dispositions constitutives d'un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Il ne fait aucun doute que c'est à nouveau tout le processus contractuel qui est visé, conformément à la volonté du législateur européen. *A contrario*, l'intervention du Roi ne pourra dépasser le périmètre du processus contractuel. Il n'est donc pas question de procéder, dans le cadre de l'article 17, § 3, à une adaptation des procédures administratives d'agrément, d'enregistrement ou d'inscription auprès d'une autorité de contrôle, de la procédure de transaction en cas d'infraction, de la procédure fiscale ou encore de la procédure judiciaire.

4. Délégation non limitée aux exigences de forme

A la différence des clauses transversales, la délégation au Roi ne se limite pas aux exigences *de forme*, mais s'étend à *toute disposition législative ou réglementaire* constitutive d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique. Or, certaines dispositions relatives au processus contractuel sont libellées en des termes inadaptés à l'environnement numérique, mais n'imposent aucune formalité. C'est le cas notamment lorsqu'il s'agit d'interdire certains comportements aux parties ou de poser une sanction en cas de violation d'une obligation légale.

Ainsi, l'interdiction d'apposer une *“de faire parvenir au domicile ou à la résidence du consommateur, ou sur son lieu de travail, un moyen de crédit ou une offre de contracter”*¹⁵⁹, d'indiquer *“des prix différents pour des produits identiques offerts en vente dans un même établissement, faute de quoi le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas”*¹⁶⁰, ou la sanction pénale prévue pour ceux qui *“suppriment, dissimulent ou lacèrent totalement ou partiellement les affiches apposées”* pour la publication d'un jugement¹⁶¹

Toutefois, soulignons encore que certaines de ces dispositions protectrices ne se justifient pas dans le commerce électronique. Par exemple, l'interdiction d'apposer une *“mention sur une enveloppe dont il ressort que la correspondance concerne la récupération d'une créance”*¹⁶², n'envisage que la correspondance postale, et non le courrier électronique. En effet, l'objectif est de préserver la vie privée du consommateur-débiteur, pour ne pas que les personnes manipulant l'enveloppe (personnel des postes, proches du débiteur...) puissent savoir qu'il s'agit d'une lettre concernant la récupération d'une créance. Or, avec le courrier électronique, ce problème ne se pose pas, dans la mesure où, en principe, seul le destinataire du courrier électronique peut accéder à sa boîte aux lettres électronique, par un mot de passe personnel.

On se demande en outre si ces dispositions constituent bien un obstacle *juridique*, direct ou indirect, à la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, on pourrait défendre l'idée que ces comportements, interdits dans le monde “réel”, sont permis dans l'environnement numérique, puisqu'ils ne sont pas envisagés par la loi. Un tel laxisme pourrait éventuellement être constitutif d'un obstacle *psychologique* à la conclusion de contrats sur les réseaux, dans la mesure où les consommateurs seraient pour le moins réticents à conclure un contrat dans des circonstances où ils sont moins bien protégés par la loi. Certes, une telle situation devrait préoccuper le législateur, soucieux de rassurer le consommateur et de stimuler le développement du commerce électronique. Toutefois, il nous semble que la directive sur le commerce électronique impose avant tout aux Etats membres de supprimer les obstacles *juridiques* à la conclusion de contrats par voie électronique.

B. Pouvoirs du Roi

En présence d'un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, le Roi a la possibilité d'adapter la disposition concernée en vue de permettre le recours aux nouvelles technologies. On se demande toutefois si, dans certains cas, il ne pourrait également établir un régime spécifique ou dérogatoire pour les contrats conclus par voie électronique.

¹⁵⁹ Art. 9, al. 1^{er}, CC.

¹⁶⁰ Art. 3, al. 1^{er}, ARPBC.

¹⁶¹ Art. 104, 3, LPC.

¹⁶² Art. 39, § 2, 3^o, CC.

1. Adaptation des dispositions aux contrats conclus par voie électronique

L'adaptation opérée par le Roi peut être *ponctuelle*, c'est-à-dire réalisée au cas par cas, à mesure que serait relevé un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

Mais il nous semble que rien n'empêche le Roi d'agir, lui aussi, par le biais d'une *clause transversale particulière*, afin de couvrir d'autres exigences de forme usuelles.

On songe, par exemple, à l'envoi ou au dépôt d'une lettre recommandée à la poste. Afin de permettre le recours à des systèmes de recommandé électronique, le Roi pourrait éventuellement adopter une clause transversale prévoyant que lorsqu'une lettre recommandée à La Poste est requise, cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit le prestataire¹⁶³.

2. Etablissement de régimes dérogatoires pour les contrats conclus par voie électronique

Dans certains cas, une adaptation de la disposition en cause ne sera peut-être pas la solution la plus adéquate. Certaines dispositions se révèlent inadaptées aux contrats conclus par voie électronique pour la simple raison que le législateur n'entend pas viser ce type de contrats, mais exclusivement les relations "traditionnelles" entre un vendeur et un consommateur dans un magasin. Dès lors, une adaptation se révèlera bien difficile, étant donné la spécificité de ces dispositions et leur inadéquation totale avec tout autre type de relation contractuelle.

On se demande toutefois si la délégation au Roi prévue par l'article 17, § 3, lui permet de déroger aux textes législatifs et réglementaires en ce qui concerne les contrats conclus par voie électronique, étant donné qu'il n'est question que d'*adaptation* des textes.

Par bonheur, dans certains cas, la loi contenant des dispositions problématiques permet déjà au Roi de prévoir des exceptions ou des régimes particuliers pour certaines catégories de contrats, de produits ou de services.

Ainsi, l'article 72, al. 1^{er}, LPC prévoit que "*les ventes publiques au sens de l'article 69 ne peuvent avoir lieu que dans des locaux exclusivement destinés à cet usage, sauf dérogation accordée en cas de nécessité par le Ministre ou le fonctionnaire désigné par lui à cet effet*". Sont soumises aux dispositions de la section relative aux ventes publiques, "*les offres en vente et ventes publiques, soit aux enchères, soit au rabais ainsi que l'exposition, en vue de telles ventes, de produits manufacturés*"¹⁶⁴.

Selon cette disposition, les ventes aux enchères sur internet seraient en principe soumises à cette législation. Or, l'exigence que les ventes publiques aient lieu dans des "*locaux exclusivement destinés à cet usage, sauf dérogation*" constitue d'évidence un obstacle de taille à la conclusion de ce type de vente par voie électronique, auquel la clause transversale générale ne peut remédier. En outre, une simple adaptation de la disposition semble difficilement envisageable.

¹⁶³ En ce sens, M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *op. cit.*, p. 726, n° 44. Pour une étude plus complète sur le sujet, voy. E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées » (à paraître).

¹⁶⁴ Art. 69, § 1^{er}, LPC.

Heureusement, en vertu de l'article 83, § 1^{er}, 6°, LPC, "*le Roi peut prescrire des dispositions particulières pour les ventes publiques organisées au moyen d'une technique de communication à distance*". Dès lors, le Roi pourrait prévoir que l'article 72, alinéa 1^{er}, n'est pas applicable aux ventes publiques conclues par voie électronique.

On s'avise que, dans cet exemple, la dérogation prévue par le Roi s'inscrirait davantage dans le cadre des délégations spécifiques que la LPC donne au Roi pour prévoir des mesures particulières, que dans celui de la délégation prévue par l'article 17, § 3, du projet de loi.

PARTIE II.

ANALYSE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DE LA COMPÉTENCE DU MINISTRE DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

Marie DEMOULIN

avec la collaboration de
Étienne MONTERO

PARTIE II.

ANALYSE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DE LA COMPÉTENCE DU MINISTRE DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

Parmi les textes législatifs et réglementaires de la compétence du Ministère des Affaires économiques (ci-après “MAE”), il convient, dans un premier temps, d’écarter les dispositions ne relevant pas du champ d’application de l’article 17 du projet de loi (I).

Ensuite, les dispositions concernées par l’article 17 et susceptibles de constituer un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique sont examinées au regard des clauses transversales générale et particulières (II).

Suite à cet examen, nous formulons des propositions d’adaptation de certaines dispositions constitutives d’un obstacle à l’utilisation de la voie électronique pour contracter (III).

I. DÉTERMINATION DES DISPOSITIONS RELEVANT DU CHAMP D’APPLICATION DE L’ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI

Eu égard au champ d’application de l’article 17, tel que dégagé dans la première partie de l’étude, il s’est avéré nécessaire d’opérer un tri parmi les textes de la compétence du MAE, afin d’écarter les dispositions non concernées.

Cette sélection repose sur les critères suivants :

- exclusion des textes non relatifs au processus contractuel ;
- exclusion des textes relatifs à des catégories de contrats exclues par l’article 18 du projet de loi ;
- exclusion des textes qui ne s’appliquent pas au commerce électronique ;
- exclusion des textes adaptés au commerce électronique.

A. Dispositions exclues du champ d’application de l’article 17

Certains textes de la compétence du MAE ont pu d’emblée être écartés en raison de leur objet, étranger à la matière qui nous préoccupe, bien que relatif à l’activité économique. On songe par exemple à la législation relative à la métrologie, aux implantations commerciales, à la sécurité des produits, des installations et des services, ainsi qu’à la réglementation des prix.

Les textes suivants ont également été écartés :

1. Loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis

Etant donné que la vente de gré à gré de biens immeubles saisis et le règlement collectif de dettes nécessitent l’intervention du juge, ils sont exclus du champ d’application de l’article 17 par l’article 18 du projet de loi, et ne doivent dès lors pas être adaptés à la conclusion de contrats par voie électronique.

2. Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire

Etant donné que le contrat de crédit hypothécaire crée ou transfère des droits sur un bien immobilier, il est exclu du champ d'application de l'article 17 par l'article 18 du projet de loi, et ne doit dès lors pas être adapté à la conclusion de contrats par voie électronique.

3. Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique

En vertu de la loi sur la protection de la concurrence économique (CE), les accords et pratiques restrictives de la concurrence¹⁶⁵, ainsi que les concentrations d'entreprises¹⁶⁶, doivent être notifiées¹⁶⁷ au Conseil de la concurrence, qui procède alors à leur examen et se prononce sur leur admissibilité¹⁶⁸. Selon l'article 16 CE, le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative, instituée auprès du Ministère des Affaires économiques.

Dès lors, il apparaît que les accords devant être notifiés sur la base de cette loi sont des contrats nécessitant l'intervention d'autorités publiques, exclus par l'article 18 du projet de loi. Ces pourquoi la loi sur la protection de la concurrence économique ne doit pas faire l'objet d'une adaptation à la conclusion de contrats par voie électronique.

4. Législation sur les marques, dessins et modèles

Les marques, dessins et modèles sont régis par deux protocoles d'accord internationaux : la loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 sur les marques (BM)¹⁶⁹ et la loi uniforme Benelux du 25 octobre 1966 en matière de dessins ou modèles (BDM)¹⁷⁰.

En vertu de ces textes, le contrat de cession d'un droit exclusif à un dessin ou modèle doit être déposé et enregistré auprès du Bureau Benelux des dessins ou modèles pour être opposable aux tiers (13 BDM). De la même manière, le contrat de cession d'un droit exclusif à la marque doit être déposé et enregistré auprès du Bureau Benelux des marques pour être opposable aux tiers (11 BM). Le dépôt peut se faire par courrier postal ou par fax. A l'heure actuelle, il est impossible de faire un dépôt et un enregistrement par voie électronique, mais il semblerait que cette possibilité soit à l'étude¹⁷¹.

Quoi qu'il en soit, l'adaptation éventuelle de ces textes ne sera pas examinée ici, pour deux raisons : d'abord, il s'agit de protocoles d'accords internationaux dont la modification doit être négociée entre les Hautes Parties Contractantes ; ensuite, les contrats de cession, devant faire l'objet d'une notification à l'un des bureaux concernés, nécessitent l'intervention d'autorités publiques et sont dès lors exclus par l'article 18.

¹⁶⁵ Art. 7 CE.

¹⁶⁶ Art. 12 CE.

¹⁶⁷ La notification s'effectue selon une procédure déterminée par les arrêtés royaux (ARDN et ARNC) du 23 mars 1993, *M.B.*, 31 mars 1993.

¹⁶⁸ selon les procédures déterminées au chapitre III CE.

¹⁶⁹ approuvée par la loi du 30 juin 1969, *M.B.*, 14 oct. 1969.

¹⁷⁰ approuvée par la loi du 1^{er} décembre 1970, *M.B.*, 29 déc. 1973.

¹⁷¹ Pour plus d'informations, voy. le site du Bureau Benelux des Marques (<http://www.bmb-bbm.org>) et le site du Bureau Benelux des Dessins et Modèles (<http://www.bbtm-bbdm.org/>).

5. Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention (BI)

La cession, la concession d'une licence, l'usufruit ou la mise en gage d'un brevet ou une demande de brevet doivent être faites par écrit à peine de nullité, et notifiées à l'Office de la propriété industrielle pour être opposables aux tiers, après paiement de la taxe prévue à cet effet (art. 44, 45 et 46 BI).

Ces contrats nécessitent dès lors l'intervention d'une autorité publique, ce qui les exclut du champ d'application de l'article 17 du projet de loi.

6. Réglementations relatives au contrôle de certaines professions et aux procédures d'immatriculation, d'agrément, d'inscription, ou d'enregistrement de certains professionnels

Les formalités administratives de l'immatriculation¹⁷², l'agrément¹⁷³, l'inscription¹⁷⁴ ou l'enregistrement¹⁷⁵ du professionnel auprès d'une autorité n'interviennent pas au cours du processus contractuel, mais en amont de celui-ci, comme condition d'accès à une activité contractuelle. Ces procédures ne doivent dès lors pas être adaptées.

7. Procédures de règlement transactionnel des infractions à certaines lois (ARTILPC, ARTIC)

La transaction pénale consiste dans le fait que le ministère public invite l'auteur de l'infraction à verser une somme d'argent, dont le paiement éteint l'action publique. La question se pose de savoir si une telle transaction peut être considérée comme un contrat, faute de quoi les dispositions qui y sont relatives sortent du champ d'application de l'article 17 du projet de loi.

A cet égard, F. Tulkens et M. van de Kerchove¹⁷⁶ exposent que “dans la mesure où la transaction pénale constitue un mode d'extinction de l'action publique, qui suppose une proposition émanant du ministère public et une acceptation de l'auteur de l'infraction, il est légitime d'y voir à tout le moins un moyen ‘bilatéral’ d'extinction des poursuites et, par voie de conséquence, une illustration manifeste d'un modèle de justice consensuelle. La question a même été posée de savoir s'il convenait d'y voir un véritable « contrat », comparable, sinon identique à une transaction civile. S'il ne fait pas de doute que la transaction pénale possède des caractères propres qui ne permettent pas de l'assimiler à une transaction civile, on retiendra surtout le fait que les « concessions réciproques » inhérentes à la transaction civile sont, dans le cas de la transaction pénale, strictement limitées à la loi et, pour le reste, déterminées unilatéralement par le ministère public. « Les termes de l'accord (...) ne sont donc pas l'objet de tractations entre les parties qui les fixeraient de commun accord »¹⁷⁷. Si l'analogie reste possible avec un contrat, c'est dès lors tout au plus avec un contrat

¹⁷² Art. 59 LPC : immatriculation du vendeur qui émet des titres visés à l'article 53, 1 à 3.

¹⁷³ Pour les prêteurs : art. 74 CC et ARAIC ; pour les entreprises d'assurance : art. 3, § 1^{er}, CA ; pour les sociétés coopératives : ARSC.

¹⁷⁴ Pour les vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeuble à temps partagé : art. 12 TS (et ARTS) ; pour les intermédiaires de crédit : art. 77 CC (et ARAIC).

¹⁷⁵ Pour les entreprises de courtage matrimonial : art. 2 CM (et ARCM).

¹⁷⁶ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, “La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?”, in *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, FUSL, 1996, pp. 542-543 et les réf. citées.

¹⁷⁷ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 314, note 49.

d'adhésion, où l'inégalité des parties ne permet à l'auteur de l'infraction que d'adhérer aux conditions qui lui sont proposées ou de refuser en bloc la proposition qui lui est faite".

Quoi qu'il en soit, si la transaction pénale peut être assimilée à un contrat, pareil contrat nécessite alors l'intervention d'autorités publiques, ce qui l'exclut en tout état de cause du champ d'application de l'article 17.

8. Les ventes publiques et les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPC)

La section 7 du chapitre VI de la LPC traite des ventes publiques.

En vertu du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, un huissier de justice ou un notaire doit toujours être présent lors d'une vente publique : il en rédige le procès-verbal.

Vu que les ventes publiques nécessitent l'intervention d'un officier public, elles sont exclues du champ d'application de l'article 17 du projet de loi. Cette section particulière de la LPC ne doit dès lors pas être adaptée.

Il convient également de noter que la section de la LPC relative aux ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur ne s'applique pas aux ventes à distance, en vertu de l'article 87, d, LPC. Elle ne doit donc pas être adaptée.

Hormis ces deux sections particulières, les autres dispositions de la LPC sont en principe applicables aux contrats conclus par voie électronique et devront dès lors être examinées, en vue d'une éventuelle adaptation.

B. Observations particulières relatives à certaines dispositions relevant du champ d'application de l'article 17

1. Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ("timesharing")

La loi sur le timesharing ne tranche pas la question de la qualification juridique du droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé. En effet, le contrat de timesharing y est défini comme "tout contrat ou groupe de contrats conclu pour au moins trois ans, par lequel, directement ou indirectement, à titre exclusif ou non, *un droit réel ou tout autre droit* portant sur l'utilisation d'un ou de plusieurs immeubles, *est créé ou fait l'objet d'un transfert ou d'un engagement de transfert*, moyennant un prix global, pour une période dans l'année qui ne peut être inférieure à deux jours"¹⁷⁸ (art. 2, 1° TS).

Ainsi, le droit créé par le contrat de timesharing peut être analysé comme un droit réel (copropriété, emphytéose...) ou comme un droit de créance (découlant d'un contrat de bail ou

¹⁷⁸ C'est nous qui soulignons.

d'un contrat *sui generis*)¹⁷⁹. Les parties sont donc libres de donner au contrat la qualification qui leur convient.

Etant donné que le contrat de timesharing ne peut être qualifié d'office de "contrat créant ou transférant un droit sur un bien immobilier", on ne saurait l'exclure en application de l'article 18 du projet de loi. Il conviendra donc d'examiner cette loi afin de déterminer si elle contient des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique.

2. AR du 30 juin 1996 relatif à l'indication du prix des produits et des services et au bon de commande (ARPBC)

Les dispositions de la LPC relatives à l'indication des prix (art. 2 à 6 LPC) peuvent sans difficulté être appliquées aux contrats conclus par voie électronique. Par ailleurs, l'article 78 de la LPC dispose que "*lors de l'offre en vente à distance, le consommateur doit être informé sans équivoque, de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, (...) du prix du produit ou du service*". Cette disposition ne dispense pas le vendeur à distance de respecter les dispositions générales de la LPC relatives à l'indication des prix. En effet, il n'est dit nulle part que la section "contrats à distance" de la LPC déroge au dispositif général de la même loi.

La difficulté surgit lorsqu'on se penche sur l'ARPBC, qui porte exécution de l'article 6.1 de la LPC ("*Le Roi peut prescrire des modalités particulières de l'indication des prix (...)*"). On constate que cet AR contient des dispositions inadaptées à la vente sur le *net*, ou plutôt à la vente à distance en général.

A nouveau, l'ARPBC n'indique nulle part que les contrats à distance ne sont pas soumis à ses dispositions. Il ne prévoit de dispositions spécifiques que pour les offres en vente "*à la résidence du consommateur, à la résidence d'une personne physique autre que l'acheteur, ou au lieu de travail du consommateur*" (art. 4 et 14, § 3 AR), ainsi que le cas où "*le consommateur commande un produit au moyen d'une technique de communication à distance, en dehors d'une offre en vente à distance, telle que visée à l'article 77 [de la LPC]*" (art. 5 et 15 AR, souligné par nous). On en déduit que la vente à distance est soumise aux dispositions générales de cet AR, alors que celles-ci sont manifestement destinées à la vente dans un établissement (magasin, boutique, bureau...) du vendeur.

Il semblerait que l'ARPBC n'ait pas jugé utile de prévoir une disposition spécifique relative à l'indication des prix pour la vente à distance, étant donné que l'article 78 LPC s'en chargeait déjà. Ce faisant, l'ARPBC aurait perdu de vue que la LPC ne stipule pas que le régime de la vente à distance déroge au dispositif général relatif à l'indication des prix.

Face à cette incohérence, plusieurs attitudes sont envisageables :

- prévoir que les offres en vente à distance ne sont pas couvertes par l'ARPBC ;

¹⁷⁹ Sur la qualification juridique du droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, voy. notamment B. FERON et C. MOSTIN, « Le timesharing : une nouvelle forme de propriété ? Analyse en droit belge et en droit comparé », *Ann. Dr.*, 1994, pp. 3-87 ; G. SCHENK, « Wettelijk kader en probleem van kwalificatie bij multi-eigendom: een rechtsvergelijkende verkenning met Frankrijk », *Jura Falc.* 1997-98, pp. 503-547 ; B. VANBRABANT, « Le point sur le time-sharing », in *Le point sur le droit des biens*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, pp. 59-127.

- adapter les dispositions de l'ARPBC de telle manière qu'elles couvrent également l'indication des prix lors de l'offre en vente à distance, ou du moins de l'offre de contracter par voie électronique.

En vérité, il nous semble qu'une combinaison de ces deux solutions serait préférable.

Prévoir qu'aucune des dispositions de l'ARPBC ne s'applique aux offres en vente à distance ne serait pas adéquat, dans la mesure où certaines s'avèreraient utiles pour protéger le consommateur sur les réseaux : interdiction d'indiquer deux prix différents pour un même produit, faute de quoi le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas (art. 3), obligation d'indiquer le prix à l'unité de mesure (section 2), obligation d'indiquer le prix des services homogènes au forfait ou par référence à des paramètres directement liés à la nature du service (art. 13)... Certaines de ces dispositions nécessitent toutefois une adaptation pour pouvoir être appliquées aux contrats à distance, ou du moins aux contrats conclus par voie électronique (*infra*, point II).

Par contre, certaines dispositions semblent uniquement destinées à réglementer l'indication des prix dans un établissement (magasin, boutique, bureau...) du vendeur. Par exemple, l'article 14 dispose que *"Le prix des services homogènes doit être indiqué au moyen d'un tarif apposé d'une manière apparente à un endroit nettement visible de l'extérieur de l'établissement, du local, de l'échoppe ou du véhicule où les services sont offerts en vente (§ 1^{er}). Toutefois, pour les magasins à rayons multiples, le tarif doit au moins être apposé de manière apparente à l'entrée du département ou au rayon concerné (§ 2)"*. Le texte poursuit avec des dispositions spécifiques pour la vente à la résidence du consommateur et pour la vente au moyen d'une technique de communication à distance, *en dehors d'une offre en vente à distance*, mais on ne trouve aucune disposition spécifique à la vente à distance. Dans cette hypothèse, l'article 78 LPC suffit amplement, et il serait peut-être indiqué de préciser dans l'article 14 de l'ARPBC que *"La présente disposition ne s'applique pas à l'offre en vente à distance visée à l'article 77 de la LPC"*.

3. AR du 23 mars 1995 relatif à l'indication des tarifs des services financiers homogènes (ARSFH)

Pour l'examen de cet arrêté royal, il conviendra de tenir compte de l'adoption de la directive européenne sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs¹⁸⁰. En effet, on se demande si la transposition en droit belge de la directive ne conduirait pas à écarter certaines dispositions de cet arrêté royal ou si, au contraire, cet arrêté royal s'appliquera aux contrats à distance, dans la mesure où il pose des exigences différentes de la directive. Dans ce dernier cas, il conviendra alors d'examiner si les dispositions pertinentes ne devraient pas être adaptées à la conclusion de contrats par voie électronique.

A cette fin, il convient tout d'abord d'examiner le champ d'application respectif des deux textes.

¹⁸⁰ Voy. la position commune arrêtée par le Conseil du 19 décembre 2001 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 58 E du 5 mars 2002, p. 32.

a) Directive européenne sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

La (future) directive européenne sur les services financiers impose notamment au professionnel (le “fournisseur” d’un service financier à distance) une obligation d’information du consommateur, préalablement et postérieurement à la conclusion du contrat (art. 3).

Les informations préalables doivent porter sur le fournisseur et son activité, sur le service financier offert (description, prix, taxes, modes de paiement, coûts supplémentaires...), sur les modalités spécifiques au contrat à distance (droit de rétractation, durée, résiliation...) et sur les recours offerts au consommateur (art. 3, § 1^{er}).

Ces informations doivent être fournies de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée (art. 3, § 2). Des informations particulières sont prévues pour les communications par téléphonie vocale (art. 3, § 3).

L’article 4 de la directive précise que, dans l’attente d’une plus grande harmonisation, les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions plus strictes concernant les exigences en matière d’information préalable conformes au droit communautaire.

L’article 5 de la directive dispose que les conditions contractuelles, les informations visées à l’article 3.1, ainsi que les informations supplémentaires exigées par chaque Etat membre, visées à l’article 4, doivent être fournies sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès en temps utile avant d’être lié par un contrat à distance ou par une offre (art. 2, § 1^{er}).

Si le contrat a été conclu à la demande du consommateur en utilisant une technique de communication à distance ne permettant pas de transmettre ces informations sur papier ou support durable (on songe par exemple au téléphone), le fournisseur procède à cette information immédiatement après la conclusion du contrat à distance, conformément au § 1^{er} (art. 5, § 2).

En outre, à tout moment au cours de la relation contractuelle, le consommateur a le droit, s’il en fait la demande, de recevoir les conditions contractuelles sur un support papier. Il peut également changer les techniques de communication à distance utilisées, à moins que cela ne soit incompatible avec le contrat à distance conclu ou avec la nature du service financier fourni (art. 5, § 3).

b) Comparaison des champs d’application respectifs de l’ARSFH et de la directive sur les services financiers à distance

Cet AR a pour objet, en ce qui concerne les services financiers homogènes, d’exécuter l’article 6, 1, LPC. Selon cette disposition, le Roi peut, pour les produits et services ou catégories de produits et services qu’il détermine, prescrire des modalités particulières de l’indication des prix et des annonces de réduction et de comparaison de prix.

La directive et l’ARSFH ont ceci en commun qu’ils traitent de l’indication des tarifs (ou prix) lors de l’offre en vente de services financiers.

Toutefois, leurs champs d’application respectifs divergent sur deux points.

D'un côté, l'AR réglemente uniquement l'indication des *tarifs* des services financiers *homogènes*, alors que la directive impose la fourniture d'autres informations, relatives au fournisseur, aux modalités du contrat, etc., concernant tous les types de services financiers.

D'un autre côté, l'ARSFH impose davantage d'obligations d'information du professionnel concernant ses tarifs, que ce soit lors de l'offre en vente de tels services (chap. I), en cours de contrat (chap. II) ou périodiquement, c'est-à-dire une fois par an, par une information sur le coût des opérations effectuées pendant l'année (chap. III).

Il convient donc de se pencher sur l'application des dispositions de l'ARSFH aux contrats à distance et de l'impact, sur ces dispositions, de la transposition de la directive relative aux services financiers à distance.

c) Application des dispositions de l'ARSFH aux contrats à distance

Seul le premier chapitre, relatif à l'indication des tarifs lors de l'offre en vente, contient une disposition spécifique aux offres en vente de services financiers faites "en dehors de la présence physique simultanée du vendeur et du consommateur" (5 ARSFH).

Le rapport au Roi précise à cet égard que le terme "vente à distance" n'est pas utilisé pour permettre de viser sans ambiguïté le *self-banking* qu'on aurait pu aussi considérer comme technique d'offre en vente dans l'établissement du vendeur. Or, désormais, la directive sur les services financiers à distance définit le contrat à distance comme "*tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat*". Le terme "technique de communication à distance" est défini comme "*tout moyen qui, sans qu'il y ait présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la commercialisation à distance d'un service entre ces parties*". Au vu de ces définitions, le *self-banking* constitue désormais sans aucun doute un service fourni à distance.

L'article 5 dispose que "*Le tarif relatif à un service financier homogène qui est offert en vente en dehors de la présence physique simultanée du vendeur et du consommateur, doit être communiqué au consommateur au plus tard au moment de la conclusion du contrat. Cette obligation ne vaut pas lorsque le service fait partie d'un contrat préalablement conclu par le consommateur.*"

Le tarif de tout service financier homogène offert en vente en dehors de la présence physique simultanée du vendeur et du consommateur, doit être communiqué, sans frais, suivant la même technique de vente, au consommateur qui en fait la demande".

Etant donné que les obligations de l'article 5 ARSFH recoupent celles de la directive sur les services financiers à distance, il est plus que probable que cette disposition sera modifiée, voire abrogée, suite à la transposition en droit belge de cette directive. Aussi, il nous semble inutile de procéder à l'examen de cette disposition dans le cadre de la levée des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique.

Quant aux autres dispositions du chapitre I, et aux dispositions relatives à l'information du consommateur en cours de contrat (chap. II) et au document justificatif (chap. III), à l'instar des dispositions de l'ARPC, certaines semblent spécifiquement destinées à l'indication des

prix dans l'établissement du vendeur (p. ex. l'art. 1^{er} ARSFH), alors que d'autres nous semblent applicables aux contrats conclus à distance.

Par ailleurs, étant donné que ces dispositions sont relatives à des matières non couvertes par la directive sur les services financiers à distance, la transposition de cette dernière ne devrait avoir aucun impact sur leur contenu. Il conviendra donc de se pencher sur ces dispositions afin d'évaluer si elles doivent être adaptées à la conclusion de contrats par voie électronique.

4. AR du 6 septembre 1993 portant des modalités particulières pour la vente à distance de certains produits ou catégories de produits (ARVAD)

Cet arrêté royal a pour objet de déterminer les catégories de produits pour lesquels le consommateur ne dispose pas d'un délai de "réflexion" (formulation issue de l'ancienne section "vente à distance" de la LPC) et de fixer les modalités d'information du consommateur à cet égard.

Ce texte est désormais obsolète, étant donné que toutes ces questions sont directement réglées dans la nouvelle section "contrats à distance" de la LPC, depuis l'adoption de la loi du 25 mai 1999. Il semblerait pourtant que cet arrêté royal soit toujours en vigueur, n'ayant pas fait l'objet d'une abrogation.

Il conviendrait donc d'abroger ce texte. Toutefois, cette abrogation ne s'inscrirait pas dans le cadre de l'article 17, § 3, du projet de loi, puisqu'il ne s'agirait pas de supprimer un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

5. AR du 5 septembre 2001 concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation de voitures particulières neuves (ARCO₂)

Cet arrêté royal transpose la directive 1999/94/CE concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation de voitures particulières neuves.

Cet AR concerne le processus contractuel, dans la mesure où il régit l'offre en vente de voitures particulières neuves. La plupart de ses dispositions concernent exclusivement les voitures exposées dans des showrooms.

Quant aux sites web "exposant" des modèles de voitures neuves, il semblerait qu'ils soient considérés par l'AR comme du matériel promotionnel, défini comme *"tout média pouvant être imprimé utilisé lors de la vente, de la publicité et la promotion de la vente de voitures au public. Ceci comprend au moins les disquettes, CD-rom et les pages internet qui portent un nom de domaine belge dans lesquels figure un renvoi aux modèles offerts sur le marché belge"* (souligné par nous).

Cela signifie que toutes les dispositions concernant les étiquettes¹⁸¹, affiches¹⁸² ou guides relatifs à la consommation de carburant¹⁸³ ne s'appliquent pas à un site web. Aux termes de

¹⁸¹ 1, 9°, ARCO₂ : "«étiquette de consommation de carburant» : une étiquette contenant des éléments d'information à l'intention des consommateurs concernant la consommation officielle de carburant et les émissions spécifiques officielles de CO₂ de la voiture sur laquelle l'étiquette est apposée" ; 3 ARCO₂ : "Toute personne qui propose à la vente ou en crédit-bail des voitures particulières neuves veille à ce qu'une étiquette de consommation de carburant, conforme aux exigences de l'annexe I, soit apposée sur chaque modèle concerné de

l'article 7 de l'AR, le site web, en tant que documentation promotionnelle, "*doit contenir les données relatives à la consommation officielle de carburant et aux émissions spécifiques officielles de CO2 des modèles de voitures particulières auxquels il se rapporte, conformément aux exigences de l'annexe IV*".

L'annexe IV mentionne à cet égard que

1° les informations doivent être facilement lisibles et au moins aussi visibles que la partie principale des informations figurant dans la documentation promotionnelle ou dans les reproductions ou images obtenues à partir d'autre matériel promotionnel;

2° les informations doivent être faciles à comprendre, même si elles sont lues rapidement;

3° des données concernant la consommation officielle de carburant doivent être fournies pour l'ensemble des modèles couverts par le matériel promotionnel ou dans les reproductions ou images obtenues à partir d'autre matériel promotionnel. Si le matériel promotionnel couvre plus d'un modèle, il est possible d'indiquer soit la consommation officielle de carburant de tous les modèles couverts, soit la fourchette entre le modèle le moins performant et le modèle le plus performant. La consommation de carburant est exprimée en litres par 100 kilomètres (l/100 km). Toutes les données numériques doivent être exprimées avec une précision d'une décimale.

On constate que l'ARCO2 contient des dispositions spécifiques à l'exposition de véhicules sur un site web et ne nécessite dès lors pas d'adaptation.

voiture particulière neuve dans le point de vente, d'une manière clairement visible. A condition que toute confusion quant au modèle soit exclue, l'étiquette peut aussi être affichée près de celui-ci."

¹⁸² Art. 5 ARCO2 : "*Toute personne qui met en vente ou en crédit-bail des voitures particulières neuves veille à ce que, pour chaque marque de voiture, une affiche (ou un autre mode d'affichage) présente une liste des données relatives à la consommation officielle de carburant et aux émissions spécifiques officielles de CO2 de tous les modèles de voitures particulières neuves proposés à la vente ou en crédit-bail dans le point de vente ou par l'intermédiaire de celui-ci. Ces données doivent être affichées de manière visible et suivant la présentation prévue à l'annexe III.*"

¹⁸³ Art. 4 ARCO2.

II. EXAMEN AU REGARD DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI

Parmi les dispositions législatives et réglementaires de la compétence du Ministère des Affaires économiques concernées par l'article 17 du projet de loi, nous avons procédé à un inventaire des dispositions posant des exigences, formelles ou autres, susceptibles de constituer un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

Afin de faciliter le travail d'analyse, ces exigences ont été classées par catégories et non par textes législatifs. Ainsi, on relève les formalités classiques relatives à l'écrit, à la signature et aux mentions manuscrites, mais aussi les formalités de datation, les formalités relatives à la lettre recommandée, celles relatives au support, à l'emploi de certains documents, aux copies et exemplaires, celles faisant référence à un lieu déterminé, celles relatives à la présence des parties, et enfin les exigences utilisant des termes ou expressions pouvant être limités au contexte papier.

Ces dispositions ont été examinées selon la grille d'analyse suivante :

- 1° Y a-t-il un obstacle juridique à l'utilisation de la voie électronique pour contracter ?
- 2° Les clauses transversales de l'article 17, §§ 1^{er} et 2, suffisent-elles à lever cet obstacle juridique ?
- 3° Dans la négative, comment le Roi pourrait-il supprimer cet obstacle en vertu de l'article 17, § 3 ?

A. Ecrit

L'obstacle que pourrait constituer l'exigence d'un écrit au cours du processus contractuel est levé par la clause transversale particulière contenue à l'article 17, § 2, 1^{er} tiret, SSI (voy. nos commentaires *supra*, partie I, point II.A). Il n'est donc pas nécessaire d'adapter individuellement les dispositions qui posent une telle exigence. C'est pourquoi nous n'avons pas procédé à un relevé exhaustif de ces textes.

A titre d'exemple, citons quelques dispositions, issues des principales lois concernées.

1. Offre par écrit

14, § 1, CC

“§ 1er. Pour les contrats de crédit régis par la présente loi, le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre remise ou adressée gratuitement en deux exemplaires au consommateur ainsi que, le cas échéant, en un exemplaire à chacune des parties ayant un intérêt distinct.”

2 LPC

“§ 1er. Sauf en cas de vente publique, tout vendeur qui offre des produits en vente au consommateur, doit en indiquer le prix par écrit et d'une manière non équivoque. Si les produits sont exposés en vente, le prix doit en outre être indiqué de manière lisible et apparente.

§ 2. Tout vendeur qui offre au consommateur des services, doit en indiquer le tarif par écrit d'une manière lisible, apparente et non équivoque.”

2. Ecrit ad validitatem

46, § 2, CC

“Lorsque l'acheteur à tempérament a payé au moins 40 p.c. du prix au comptant, le bien faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété dans le contrat de crédit ne peut être repris qu'en vertu d'une décision judiciaire ou d'un accord écrit conclu après mise en demeure par lettre recommandée à la poste.”

53, al. 4, CC

“Il ne peut être disposé du solde qu'en vertu, soit d'une décision judiciaire, soit d'un accord écrit conclu après le défaut d'exécution du contrat ou après exécution de celui-ci.”

7, § 1, TS

“Sous peine de nullité, le contrat doit être établi par écrit et être rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties contractantes.”

4, al. 2, CM

“Toute offre faite à un client déterminé, moyennant rémunération, doit faire l'objet d'un contrat écrit reproduisant les dispositions du présent chapitre.”

6, § 1, CM

“Le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner à peine de nullité (...)”

3. Ecrit ad probationem

7, al. 1, CC

“Le démarchage au domicile ou à la résidence du consommateur pour des contrats de crédit est interdit, sauf si le prêteur ou l'intermédiaire de crédit s'est rendu au domicile ou à la résidence du consommateur à sa demande expresse et préalable. La preuve de cette demande ne peut être faite que par un écrit distinct du contrat de crédit lui-même, et antérieur à la visite.”

10, § 1^{er}, al. 1^{er}, AT

“Sous réserve de l'aveu et du serment, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se prouvent par écrit entre parties. Il n'est reçu aucune preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte.”

6 VO

“Les informations contenues dans la brochure de voyages engagent l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages qui a édité ladite brochure, à moins que :

- des changements dans ces informations n'aient été clairement communiqués au voyageur, par écrit et avant la conclusion du contrat; la brochure doit en faire état expressément;*
- des modifications n'interviennent ultérieurement, à la suite d'un accord écrit entre les parties au contrat.”*

4. Ecrit à des fins d'opposabilité

76 AT

“La cession à un tiers des droits et obligations découlant d'un contrat d'assurance-crédit ou d'assurance-caution n'est opposable à l'assureur que si celui-ci a donné son consentement par écrit.”

123 AT

“Après le décès du preneur d'assurance, l'acceptation peut être expresse ou tacite. Elle n'a toutefois l'effet à l'égard de l'assureur que si elle lui est notifiée par écrit.”

5. Ecrit à des fins d'information

60, al. 1, CC

“Par dérogation à l'article 30, l'ouverture de crédit peut prévoir que le taux débiteur peut être modifié. Dans ce cas, le consommateur doit, préalablement à la modification, en être informé par écrit conformément aux modalités prévues à l'article 59, § 2.”

79, § 1, al. 1, LPC

“Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants (...)”

7 VO

“L'organisateur de voyages et/ou l'intermédiaire de voyages sont tenus :

1° avant la conclusion du contrat d'organisation ou d'intermédiaire de voyages, de communiquer au voyageur par écrit (...) :

2° avant le début du voyage, et au plus tard sept jours civils avant la date du départ, de fournir par écrit aux voyageurs les informations suivantes (...)”

9 VO

“Lors de la réservation du voyage, l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages est tenu de délivrer au voyageur un bon de commande conformément à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Le contrat d'organisation de voyages prend cours au moment où le voyageur reçoit la confirmation écrite de la réservation délivrée par l'organisateur de voyages, par l'entremise ou non de l'intermédiaire de voyages qui agit au nom de ce dernier.”

11, § 4, VO

“Le paiement du solde du prix ne peut être exigé du voyageur que s'il a préalablement reçu, ou s'il reçoit simultanément, la confirmation écrite du voyage et/ou les documents de voyage.”

14, § 2, a, VO

“Le voyageur peut également, le cas échéant, exiger une indemnisation pour la non-exécution du contrat, sauf :

a) si l'organisateur de voyages annule le voyage parce que le nombre minimum de voyageurs prévu dans le contrat et nécessaire à l'exécution de celui-ci n'a pas été atteint et si le voyageur en a été informé par écrit dans le délai prévu au contrat et au moins 15 jours civils avant la date de départ”

20 VO

“Tout défaut dans l'exécution du contrat, constaté sur place par le voyageur, doit être signalé par le voyageur le plus tôt possible par écrit ou sous toute autre forme appropriée aux prestataires de services locaux concernés. Il doit en tout cas confirmer sa réclamation par lettre recommandée à la poste à l'organisateur et/ou à l'intermédiaire de voyages, au plus tard un mois après la fin du voyage. Il peut, à cet effet, utiliser le formulaire approprié qui lui a été remis en même temps que les documents de voyage ou qui est disponible sur place et lui sera remis à la première demande”

7, § 3, ARSFH

“§ 1^{er}. Si le vendeur se propose d'apporter une modification au tarif d'un des éléments d'information des services visés aux points I, II, III, IV et X de l'annexe au présent arrêté, il en informe préalablement le consommateur qui a acquis ces services.

Sans préjudice de l'article 60 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, une modification des taux d'intérêt est communiquée au consommateur dans le plus bref délai possible après la modification.

§ 2. Au minimum une fois par an, dans le courant du mois de janvier, le tarif des services visés aux points I, II, III, IV et X de l'annexe au présent arrêté est communiqué au consommateur qui a acquis ces services.

Cette communication a lieu selon le modèle figurant en annexe au présent arrêté.

§ 3. La communication visée aux §§ 1^{er} et 2 doit se faire par écrit, le cas échéant, par extrait de compte.”

10, al. 4, ARSFH

“Une fois par an, au plus tard à la fin du mois de février, le vendeur délivre un document justificatif au consommateur qui a acquis un service visé aux points I, II, III, IX et X de l'annexe au présent arrêté. Ce document justificatif indique par service ou par élément d'information le prix unitaire de l'opération, le nombre d'opérations effectuées au cours de l'année écoulée et le total des frais annuels.

En ce qui concerne les intérêts, seul le total des intérêts débiteurs et créditeurs doit figurer sur ce document.

La communication visée aux §§ 1^{er} et 2 doit se faire par écrit, le cas échéant, par extrait de compte.”

B. Equivalents de l'écrit

Rappelons que l'article 17, § 2, envisage l'écrit indépendamment de tout support, *a fortiori* du support papier. Or, on relève, dans certaines législations soucieuses de permettre le recours aux nouvelles technologies, des formulations qui trahissent une conception de l'écrit tributaire du support papier.

Certes, ces dispositions ne constituent pas un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Toutefois, il y a là une incohérence flagrante par rapport à la conception ouverte que veut imposer la clause transversale relative à l'écrit. C'est pourquoi chacune est analysée ici afin de déterminer si une modification s'avère nécessaire.

1. Par écrit ou au moyen de tout autre support

3 ARIFV

“Les articles 22, 23, 1^o à 10^o et 12^o, 28 et 30 a 36 de la loi, à l'exception de l'article 32, points 7, 12 et 13, sont applicables à toute publication, tout document et toute publicité, diffusés par écrit ou au moyen de tout autre support, portant sur l'émission publique ou l'offre en vente en Belgique de parts ou de titres d'un organisme de placement collectif ou de certificats immobiliers.”

On l'a dit, l'écrit n'est pas un support, mais *“une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement”*, sur tout support et par tout moyen de transmission. Or, l'expression employée par la présente disposition nous semble erronée à double titre. D'une part, elle sous-entend, à tort, que l'écrit est un support parmi d'autres. A l'évidence, l'*écrit* est ici confondu avec l'*écrit sur papier*. D'autre part, elle nous paraît maladroite, étant donné qu'elle semble laisser le choix entre un écrit *ou* un support. Or, en tout état de cause, quel que soit le support, on n'échappe pas à l'écriture.

Il n'y a toutefois pas là obstacle au recours à la voie électronique. Mais par souci de cohérence à l'égard de l'article 17, § 2, 1^{er} tiret, SSI, on pourrait modifier l'article 3 ARIFV en supprimant les mots *“ou au moyen de tout autre support”*.

2. Par écrit ou sur un (autre) support durable

79, § 1^{er}, al. 1^{er}, LPC

“Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants (...)”

4, § 1^{er}, al. 2, TEF

“Avant la conclusion du contrat relatif à la mise à la disposition et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds, l'émetteur communique au titulaire les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds.”

Les conditions sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès.”

5, § 1^{er}, TEF

“L’émetteur fournit périodiquement au titulaire des informations relatives aux opérations réalisées grâce à l’instrument de transfert électronique de fonds, de façon à lui permettre de suivre raisonnablement l’état de ses dépenses. Les informations sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès.”

5, § 4, TEF

“Par dérogation aux dispositions de l’article 32, 9, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, l’émetteur qui se réserve la faculté de modifier unilatéralement un contrat à durée indéterminée, doit informer individuellement le titulaire de toute modification des conditions contractuelles régissant l’émission et l’utilisation de l’instrument de transfert électronique de fonds. Cette information doit se faire par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel celui-ci a accès, et doit avoir lieu au moins deux mois avant la mise en application de la modification concernée.”

Ici encore, le choix entre l’écrit *ou un (autre) support* ne nous semble pas la meilleure formulation eu égard à la définition fonctionnelle de l’écrit. A nouveau, ces dispositions confondent l’écrit avec l’écrit *sur papier*. Par ailleurs, elles laissent erronément le choix entre l’écrit *ou* un support, alors qu’en tout état de cause, quel que soit le support, on n’échappe pas à l’écriture.

Toutefois, à la différence de la disposition précédente (cf. point 1, art. 3 ARIFV), ces dispositions exigent davantage qu’un simple écrit sur tout support. En réalité, le législateur impose deux exigences : d’une part, il faut un écrit, d’autre part, ces informations doivent être fournies au consommateur sur un *support durable*, à sa disposition et auquel il a accès.

Dès lors, le support durable n’est pas un équivalent de l’écrit, mais une exigence additionnelle par rapport à l’écrit. Dans un souci de cohérence, on pourrait au minimum remplacer l’expression “ou sur un (autre) support durable” par “et sur un support durable”.

Il convient de souligner qu’à l’heure actuelle, la notion de support durable n’est pas définie en droit belge. La loi ne fournit aucun critère permettant d’estimer qu’un support est durable : combien de temps les informations doivent-elles être accessibles ? le support doit-il garantir l’inaltérabilité de son contenu ? Ces interrogations constituent une insécurité juridique pour les acteurs du commerce électronique, et, partant, un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique¹⁸⁴.

En effet, selon une interprétation stricte, un juge pourrait, par exemple, considérer qu’un courrier électronique non signé électroniquement n’est pas un support durable, dans la mesure où son contenu peut être plus ou moins facilement modifié. On peut également se demander,

¹⁸⁴ Pour de plus amples développements sur la notion de support durable et les incertitudes qui l’entourent, voy. M. DEMOULIN, “ La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l’écrit ?”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 4/2000, pp. 361-377.

en l'absence de définition, si un professionnel qui fournit l'information sur son site web se conforme à son obligation d'information sur support durable.

Or, dans le cas des contrats à distance, la LPC sanctionne sévèrement le non-respect de l'obligation de confirmation des informations sur un support durable, par la prolongation du délai de renonciation¹⁸⁵, voire dans certains cas par l'assimilation de la vente à un achat forcé, avec pour conséquence que le consommateur peut garder le produit sans en payer le prix¹⁸⁶.

Il convient de relever qu'une définition du "support durable" a récemment été élaborée au niveau européen, dans la future directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs¹⁸⁷, qui devrait prochainement être publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes. Selon cette définition, un support durable est *"tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées"*. Le considérant n° 20 de la future directive précise à cet égard que *"Les 'supports durables' incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ils ne comprennent pas les sites Internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables"*. Selon nous, une telle précision signifie qu'on peut considérer comme fournie sur un support durable l'information figurant dans des fichiers téléchargeables sur le disque dur de l'utilisateur à partir de sites web.

On ne saurait trop recommander d'ajouter cette définition en droit belge, dans les lois qui recourent à la notion de support durable (*i.e.* LPC et TEF). Par ailleurs, si le droit belge se dotait d'une telle définition, la notion de support durable pourrait être ajoutée dans d'autres textes, pour lever d'éventuels obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique (*infra*).

Il nous semble que l'ajout de la définition de support durable dans les lois concernées pourrait être opéré par arrêté royal, dans le cadre de l'article 17, § 3, du projet de loi. En effet, il ne s'agit pas d'ajouter une disposition de fond, mais de lever un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, en apportant des éclaircissements indispensables autour de cette notion indéfinie, afin de garantir aux acteurs des réseaux une certaine sécurité juridique.

3. Liste de moyens équivalents

6 ARDPC

"La demande de renseignements visée à l'article 69, § 4, alinéa 3, de la loi est introduite au moyen d'une technique de téléprocessing, sur support magnétique, par écrit ou par tout moyen permettant de garantir le respect des principes contenus à l'article 69, § 4 et § 6, de la loi."

¹⁸⁵ Art. 80, § 2, LPC.

¹⁸⁶ Art. 79, § 1^{er}, 2^o, *in fine*, LPC.

¹⁸⁷ Voy. l'art. 2, f, de la position commune arrêtée par le Conseil du 19 décembre 2001 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 58 E du 5 mars 2002, p. 32.

La notion d'écrit est une fois encore confondue avec des supports et des moyens de transmission. Toutefois, il n'y a pas, ici non plus, d'obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. En outre, cette disposition est étrangère au processus contractuel, puisqu'elle concerne une demande de renseignements relative au traitement des données à caractère personnel en matière de crédit à la consommation.

Si, malgré tout, le législateur entendait supprimer cette incohérence par rapport à l'article 17, § 2, 1^{er} tiret, SSI, on suggère la formulation suivante : *“La demande de renseignements visée à l'article 69, § 4, alinéa 3, de la loi est introduite par écrit, par tout moyen permettant de garantir le respect des principes contenus à l'article 69, § 4 et § 6, de la loi”*. Cette modification ne pourrait cependant être opérée par l'arrêté royal portant exécution de l'article 17, § 3, étant donné qu'il ne s'agit pas d'adapter une disposition portant obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

C. Formalités relatives à la signature

L'obstacle que peut constituer l'exigence d'une signature est levé par l'article 17, § 2, 2^e tiret, SSI.

On n'examine donc ici que les formalités supplémentaires, qui entourent l'exigence d'une signature.

1. La prévention du blanc seing

14, § 4, 2^o, CC

“à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention : « Ne signez jamais un contrat non rempli. » ;”

Cette formalité a été examinée, à titre d'exemple, dans la première partie de l'étude (cf. partie I, point I). Suite à cet examen, nous avons conclu que l'application de la clause transversale générale suffisait à lever cet obstacle. Il ne nous semble dès lors pas nécessaire de procéder à une modification de cette disposition.

Pour rappel, cette formalité n'envisage que le cas où l'on appose une signature (manuscrite) sur le papier. Si l'on utilise une signature numérique pour conclure le contrat par voie électronique, il n'y a pas, sur l'offre numérisée, d'endroit où le consommateur appose sa signature. Il convient dès lors de s'interroger sur la (ou les) fonction(s) de cette exigence afin de voir de quelle manière elle pourrait être satisfaite par voie électronique. D'une manière générale, nous y voyons un objectif de protection du consommateur par la mise en œuvre d'un dispositif d'information préalable à la conclusion du contrat. Plus précisément, la fonction particulière de cette exigence est, à l'évidence, d'éviter un blanc seing du consommateur.

Afin de remplir cette fonction, la loi recourt au formalisme de la mention (moyen). Pour être efficace, cette mention doit être portée à la connaissance du consommateur avant qu'il signe. C'est pourquoi le législateur exige que cette mention apparaisse à l'endroit le plus visible au consommateur au moment où il va apposer sa signature. Dans l'environnement papier traditionnel, c'est en étant placée à la hauteur de l'endroit où le consommateur signe que la mention a le plus de chance d'être lue par lui¹⁸⁸. Dans l'environnement numérique, la mention pourra être portée efficacement à la connaissance du consommateur par un message suffisamment visible. Celui-ci pourrait apparaître, le cas échéant, à l'endroit où le consommateur est invité à valider le contrat sur le web, ou au moment où il s'apprête à activer son logiciel de signature électronique. Il appartient aux prestataires, secondés de techniciens, d'imaginer et de mettre en œuvre des procédés adéquats.

¹⁸⁸ On relève que la jurisprudence semble être particulièrement attentive à la visibilité de cette mention. Ainsi, il a été jugé qu'une mention reproduite dans le même type de caractère que le reste du texte, ou figurant dans le corps même du texte, ne ressort pas suffisamment et, partant, ne satisfait pas à l'exigence de l'article 14, § 4, 2^o, CC (Civ. Gand, 21 janvier 2000, *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 93 ; Civ. Gand, 2 mars 2001, *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 99). Est également jugée insuffisante la mention reproduite dans la marge, à l'extrême gauche au bas du formulaire d'offre de crédit, dans un cadre étroit bleu – alors que le reste du texte est imprimé dans le même bleu – et disposée dans une position verticale. L'on ne peut pas exiger d'un consommateur normalement attentif qu'il fasse tourner le document dans toutes les directions pour prendre connaissance des avertissements prescrits par la loi qui ont pour but d'attirer son attention sur des éléments particulièrement essentiels et de le protéger (J.P. Landen, 28 juin 2000, *Ann. jur. du crédit*, 2000, p. 44).

Ainsi, en application de la clause transversale générale, si le prêteur veille à mettre en place un système de protection au cours du processus de conclusion du contrat de crédit par voie électronique, ce contrat aura la même valeur juridique qu'un contrat de crédit conclu sur papier.

Toutefois, lorsque le signataire utilise une signature électronique, les risques liés au blanc seing sont inexistants, étant donné qu'il est impossible à l'autre partie de modifier le contenu du document électronique ainsi signé. Dès lors, le problème du blanc seing électronique ne se pose pas en termes de risque de fraude. Tout au plus, certains éléments du contrat ont pu ne pas être déterminés, ni acceptés par le signataire. C'est alors en vue de résoudre cet inconvénient majeur que la formalité imposée par le législateur intervient.

On relève que, dans l'environnement numérique, il existe d'autres moyens, bien plus efficaces que l'affichage d'une mention "Ne signez jamais un contrat non rempli", pour éviter que certains éléments du contrat demeurent indéfinis. Par exemple, si l'offre de crédit se présente comme un formulaire électronique à compléter, il est techniquement possible d'empêcher que le contrat soit signé tant que tous les champs n'ont pas été remplis. Avant de signer numériquement, le consommateur pourrait être invité à valider le contrat en cliquant sur une icône spécifique. Si le contrat était incomplet, un message d'erreur apparaîtrait à l'écran, informant le consommateur du champ qui est resté vacant et de l'obligation de le compléter pour pouvoir conclure le contrat. Un dispositif logiciel garantirait que le processus ne peut aboutir à la conclusion du contrat par voie électronique tant que le consommateur n'a pas entièrement rempli le contrat.

C'est face à ces méthodes originales et spécifiques aux contrats conclus par voie électronique que la clause transversale générale prend toute son importance.

De prime abord, on semble bien loin de la formalité requise par l'article 14, § 4, CC, et le juge pourrait être tenté d'annuler¹⁸⁹ le contrat conclu par voie électronique, au seul motif que la mention requise n'apparaît pas aux yeux du consommateur.

Mais la clause transversale générale nous invite à nous détacher d'un formalisme obtus, pour adopter une conception ouverte des exigences de forme, afin d'admettre juridiquement les contrats conclus par voie électronique lorsque tous les objectifs visés par la formalité sont atteints. Dans le cas d'espèce, la fonction de l'exigence formelle est, on l'a dit, d'empêcher qu'un contrat non rempli puisse être signé par le consommateur. Dans cette optique, *tout procédé permettant d'atteindre efficacement cet objectif devrait être considéré comme valable*. Ainsi, il serait excessif qu'un juge annule le contrat conclu par voie électronique sous prétexte que la mention requise par l'article 14 n'apparaît pas à l'écran, alors qu'il n'est pas douteux qu'un dispositif de sécurité tel que décrit ci-dessus empêche – bien plus efficacement qu'une simple mention – un blanc seing.

La clause transversale générale s'avère donc un outil précieux pour reconnaître pleine et entière valeur juridique à des contrats conclus par voie électronique selon des procédés *a priori* éloignés de la formalité requise, mais revêtant les mêmes qualités fonctionnelles.

¹⁸⁹ Sanction prévue à l'article 86 CC.

2. La police d'assurance présignée

1, M, AT :

“Police présignée : une police d'assurance signée préalablement par l'assureur et contenant une offre de contracter aux conditions qui y sont décrites, éventuellement complétées par les spécifications que le preneur d'assurance mentionne aux endroits prévus à cet effet.”

La police présignée est une technique particulière permettant de conclure sans grandes formalités des contrats d'assurance standardisés où une appréciation individualisée du risque n'est pas jugée nécessaire. “Dans certaines branches d'assurance « de masse » où le grand nombre de contrats permet une standardisation étendue des conditions de couverture, des assureurs mettent sur le marché des documents qui contiennent déjà toutes ces conditions, prime comprise, et où il ne reste plus au candidat preneur qu'à compléter les rubriques permettant de spécifier la garantie en ce qui le concerne (nom, adresse, profession, lieu du risque, etc.). Eventuellement, plusieurs cases à cocher permettent certains choix (par exemple, en assurance contre les accidents, entre les différents niveaux possibles du capital assuré, les primes correspondantes sont indiquées en regard). La police est « présignée » par l'assureur, qui l'a déjà revêtue de sa griffe”¹⁹⁰.

Des règles spécifiques sont attachées par la loi au système de la police présignée.

D'abord, l'article 4, § 2, al. 1^{er}, AT prévoit que le contrat est formé dès la signature par le preneur. Cette disposition confirme que la police présignée par l'assureur constitue bel et bien une offre, dont l'acceptation par le preneur suffit à conclure le contrat. On y voit toutefois une exception à la traditionnelle théorie de la réception, puisque le contrat est formé dès l'acceptation du preneur, et non dès la réception de l'acceptation par l'assureur. Néanmoins, la garantie ne commence à courir qu'au lendemain de cette réception, sauf convention contraire (art. 4, § 2, al. 2, AT).

Ensuite, pour pallier les éventuels inconvénients de la formule de la police présignée, l'article 4, § 2, al. 2, offre aux deux parties un droit de repentir, dans un délai de 30 jours, prenant cours au lendemain de la réception de l'acceptation par l'assureur.

Dans l'environnement numérique, la police présignée pourrait constituer en un document signé électroniquement par l'assureur, contenant toutes les clauses contractuelles standardisées, avec des champs vacants à compléter par le preneur. Après avoir complété lui-même le contrat, le preneur le revêtirait à son tour de sa signature électronique et l'enverrait à l'assureur.

Le moment de signature, important pour déterminer le moment de conclusion du contrat pourrait être clairement identifié par le recours à un système d'horodatage. Quant au moment de réception par l'assureur, il pourra être déterminé si les parties recourent au recommandé électronique.

¹⁹⁰ M. FONTAINE, *Droit des assurances, op. cit.*, p. 114, n° 173.

Lorsque la police présignée est matérialisée sur papier, les deux signatures se retrouvent sur le même *instrumentum*. Par contre, dans l'environnement numérique, on ne se trouve pas en présence d'un document unique revêtu de deux signatures électroniques, mais bien de deux documents distincts : le document vierge présigné par l'assureur et le même document complété et signé par le preneur.

Dès lors, peut-on assimiler un tel procédé à une police présignée, avec les conséquences qui en découlent ?

Il nous semble qu'en application de la clause transversale générale, du moment que les qualités fonctionnelles de la police présignée sont préservées, il importe peu que l'on soit en présence de deux documents électroniques distincts ou d'un seul.

L'essentiel est que le document présigné par l'assureur puisse être complété par le preneur, aux endroits prévus à cet effet, puis signé par ce dernier, sans qu'il puisse modifier autrement l'offre standardisée de l'assureur. A cet égard, il ne sera guère difficile d'élaborer un formulaire électronique, avec des champs à compléter et des cases à cocher, mais dont le reste du contenu serait "verrouillé".

Il n'est dès lors pas nécessaire de procéder à une modification des dispositions concernant la police présignée, dans la mesure où la clause transversale générale suffit à lever l'obstacle.

D. Formalité de datation

Parmi les exigences formelles relatives au processus contractuel, on retrouve fréquemment celle de la mention de la date. Certes, pour les actes sous seing privé, les auteurs s'accordent à considérer que, normalement, la date n'en constitue pas l'un des éléments essentiels¹⁹¹. Toutefois, dans certaines hypothèses, le législateur exige la mention de la date dans un acte sous seing privé.

17 CC

“Le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite en toutes lettres : ‘lu et approuvé pour ... euros à crédit.’ Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l’adresse précise de signature du contrat”

7, § 2, TS

“L’acquéreur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite et en toutes lettres : “lu et approuvé”. Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et du lieu précis de la signature du contrat”.

10, § 1^{er}, VO

“Le bon de commande et le contrat de voyage mentionnent au moins :

1° le lieu et la date de la signature (...)”

23 VO

“§ 1er. Toute vente par un intermédiaire de voyages d’une prestation de voyage ou de séjour ou d’une autre prestation doit faire l’objet d’un contrat, sauf si elle porte uniquement sur des titres de transport.

§ 2. Ce contrat mentionne au moins :

1° le lieu et la date de la signature (...)”

4, § 3, AT

“Dès leur réception, l’assureur procédera au datage systématique des propositions d’assurance, des polices présignées et des demandes d’assurance.”

10, § 2, AT

“Le contrat d’assurance mentionne au moins :

1° la date à laquelle le contrat d’assurance est conclu et la date à laquelle l’assurance prend cours (...)”

3, 14°, ARVAN

“Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...) la signature du vendeur et la signature de l’acheteur, précédée par la mention manuscrite et en toutes lettres : “lu et approuvé”, ainsi que la date de signature”.

¹⁹¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. IV, n° 2267, pp. 632-633 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., n° 744, p. 690 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XIX, n° 205, p. 218 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 64 ; J. MAZEAUD, “L’acte non daté : étude sur la charge de la preuve de la date entre les parties”, note sous Cass. fr., *J.C.P.*, 1965, II, 14101 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 294, p. 142.

Les fonctions de ces exigences légales de datation sont multiples et souvent liées à la particularité de l'acte à dater¹⁹². Il peut s'agir, entre autres, de permettre de vérifier la capacité des parties, de fixer un délai, de prévenir les fraudes, de déterminer, en cas de pluralité d'actes inconciliables, lequel révoque les autres et doit par conséquent être exécuté, de faire connaître la législation applicable à la forme et au contenu de l'acte au moment où il a été passé, ou encore de fournir aux parties un moyen de preuve en cas de contestation.

Dans le cas précis de l'article 4, § 3, AT, l'objectif est d'accroître la sécurité juridique dans le cadre de processus où la chronologie est importante¹⁹³ : la date de prise d'effet des garanties dans la police présignée et dans la demande d'assurance est, en effet, le lendemain de la date de réception de ces documents par l'assureur.

Dans l'univers "papier", la mention de la date signifiait, par la force des choses, une inscription (manuscrite, dactylographiée, imprimée, réalisée à l'aide d'un cachet...), apposée directement sur l'acte à dater, c'est-à-dire sur le papier.

Dans l'environnement numérique, il est possible de dater un document en inscrivant simplement la date *dans le contenu* de l'acte électronique lui-même et de garantir son intégrité en utilisant, par exemple, une signature électronique. En application de la clause transversale générale, on peut accueillir favorablement un tel procédé, qui permet de garantir les fonctions traditionnellement dévolues à la date.

Toutefois, dans le cas de l'article 4, § 3, AT, le procédé ne semble guère pratique, étant donné qu'il nécessite la modification, au cas par cas, du contenu de documents signés électroniquement par le preneur d'assurance.

Ainsi est-on amené à se pencher sur d'autres techniques de datation, plus adéquates. En effet, il existe un mode de datation spécifique aux documents électroniques, appelé horodatage électronique. L'horodatage électronique (ou horodation ou *time stamping*) est un procédé attribuant avec certitude une marque de temps précise (date et heure) à un document électronique, grâce à l'intervention d'un tiers de confiance appelé tiers horodateur (en anglais, *Time Stamping Authority – TSA*)¹⁹⁴.

Techniquement, le système procède de la même manière que la signature numérique fondée sur la cryptographie asymétrique¹⁹⁵. Le tiers horodateur applique au document électronique un algorithme de hachage, c'est-à-dire une fonction de compression irréversible permettant de calculer le condensé du document. Ce condensé se voit ensuite attribuer une marque de

¹⁹² Pour quelques illustrations, voy. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, op. cit., pp. 329-333 ; *Pandectes belges*, t. 28, v° Date, 16, n° 4.

¹⁹³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1990-1991, n° 1586/2, p. 2.

¹⁹⁴ Concernant les aspects techniques de l'horodatage, voy. T. LIEUTENANT et S. MARIN, "Archivage et horodatage de documents électroniques", étude réalisée dans le cadre du projet *e-Justice*, 14 mai 2001, <http://www.droit.fundp.ac.be/e-justice/documents.htm>, pp. 15 à 18 ; T. PIETTE-COUDOL, *Echanges électroniques, certification et sécurité*, Paris, Litec, 2000, n° 259 à 262, pp. 145 à 147. Voy. également le protocole d'horodatage (*Time Stamping Protocol*) établi par l'I.E.T.F (*Internet Engineering Task Force*) dans le RFC n° 3161 (*Request for Comments*), finalisé en août 2001 et disponible sur le site de l'I.E.T.F (www.ietf.org). Ce protocole étend le célèbre protocole Internet X.509 qui définit les normes internationales pour les infrastructures à clé publique (*Public Key Infrastructure*).

¹⁹⁵ Pour plus de détails sur les aspects techniques de la signature digitale fondée sur la cryptographie asymétrique, voy. les références citées à la note 160.

temps¹⁹⁶, avant d'être signé par le tiers horodateur au moyen d'une clé générée exclusivement à cet effet. On qualifie parfois cette opération de "signature de date"¹⁹⁷. Au terme de ce processus, le document électronique est ainsi doté d'un certificat d'un type particulier, contenant le condensé horodaté et signé. Par la suite, sur la base de ce certificat, il sera possible de s'assurer que le document a bel et bien été horodaté au moment indiqué, en vérifiant la signature du tiers horodateur. De surcroît, le certificat permet de garantir que le document n'a subi aucune modification entre-temps. A cet effet, il suffira de lui appliquer la fonction de hachage afin d'obtenir un nouveau condensé, et de comparer ce dernier à celui qui figure dans le certificat, pour contrôler leur parfaite similitude.

L'horodatage électronique pourrait se révéler particulièrement pratique pour l'assureur, qui serait ainsi en mesure de dater de manière fiable et automatique, dès sa réception, tout type de document. Reste à évaluer si le procédé est recevable d'un point de vue juridique.

Si l'on s'en tient à une interprétation stricte, on pourrait voir dans le formalisme de datation l'exigence d'une mention inscrite dans le contenu du document lui-même, et donc couchée directement sur son support. Selon une telle approche, il faudrait écarter l'horodatage électronique comme un procédé non valable de datation, au motif qu'il associe logiquement (et non physiquement) une marque de temps au document.

Cependant, l'approche fonctionnelle, privilégiée par la clause transversale, invite à se détacher du support pour s'orienter vers les fonctions de l'exigence de date. Ainsi, peut-on estimer que, s'il est question de datation d'un document, il s'agit avant tout de localisation d'un acte ou d'un fait juridique dans le temps¹⁹⁸, quelle que soit la méthode employée à cet effet. "C'est pourquoi tout procédé propre à localiser l'acte dans le temps constitue une date valable. (...) La date peut être énoncée d'une manière quelconque, pourvu qu'elle ne suscite aucune hésitation"¹⁹⁹. Ainsi, à défaut d'autres précisions dans la loi, et du moment qu'elle permet de situer l'acte dans le temps, une date peut s'exprimer en chiffres, en lettres, à travers une expression explicite²⁰⁰, par référence à un événement précis, etc. De même, à travers les âges, on a admis la datation par des modes aussi divers que le papier timbré, le cachet (de la poste), la machine à pointer, l'horodateur, etc.

L'application de la clause transversale générale nous porte donc à conclure que l'horodatage électronique peut être accueilli favorablement, pour autant que le procédé garantisse à suffisance la fiabilité de la date attribuée. Or, telle que nous l'avons décrite ci-dessus, la technique d'horodatage, confiée aux soins d'un tiers de confiance, remplit largement ces conditions, puisqu'elle assure, outre l'exactitude de la date, son intégrité ainsi que celle du document daté.

¹⁹⁶ Pour horodater un document, le tiers horodateur se réfère au Temps Universel Coordonné (UTC), afin d'éviter toute confusion entre les différents fuseaux horaires. L'UTC est une échelle de temps fondée sur la seconde et destinée à être utilisée dans le monde entier. L'UTC est calculé par le Bureau International des Poids et Mesures (www.bipm.org), sur la base du temps atomique international, à partir des données de plus de 200 horloges atomiques réparties dans une cinquantaine de laboratoires nationaux.

¹⁹⁷ Voy. les explications fournies par deux prestataires de services d'horodatage en Allemagne et en France : www.authentidate.de et www.anteriority.com.

¹⁹⁸ En ce sens, M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, op. cit., p. 329 ; B. SOUSI-ROUBI, "Variations sur la date", *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, pp. 69 à 108, spéc. p. 77.

¹⁹⁹ M.-A. GUERRIERO, op. cit., p. 329.

²⁰⁰ "Jour de Noël 1872", "premier de l'An 2002", "jour de mon 50^e anniversaire", etc.

E. Mentions manuscrites

L'obstacle que peut constituer l'exigence d'une mention manuscrite est levé par l'article 17, § 2, 3^e tiret, SSI (analysé *supra*, partie I, point II.C), qui énonce que *“l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier”*. Ainsi, cette formalité peut désormais être accomplie par voie électronique, du moment qu'il n'existe aucun doute quant à l'auteur de la mention.

Dès lors, nous n'examinerons les dispositions exigeant une mention manuscrite que dans la mesure où elles posent des exigences additionnelles ou un problème spécifique.

1. La mention manuscrite “précédant” la signature

17 CC

“Le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite en toutes lettres : ‘lu et approuvé pour ... euros à crédit.’ Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l'adresse précise de signature du contrat”

7, § 2, TS

“L'acquéreur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite et en toutes lettres : “lu et approuvé”. Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et du lieu précis de la signature du contrat”.

3, 14°, ARVAN

“Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...) la signature du vendeur et la signature de l'acheteur, précédée par la mention manuscrite et en toutes lettres : “lu et approuvé”, ainsi que la date de signature”.

Le verbe ‘précéder’ revêt deux significations : 1° se produire avant dans le temps ; 2° arriver à un endroit avant quelqu'un ou quelque chose.

Pris dans son acception ‘spatiale’, le verbe ‘précéder’ voudrait dire ici que la mention exigée doit être écrite devant ou au-dessus de l'endroit où la signature est apposée sur le papier. Une telle interprétation est limitée au contexte papier. En outre, elle perd de vue que la *fonction* de cette formalité n'est pas de faire apposer la mention à un endroit précis, mais de s'assurer qu'AVANT de signer, le consommateur a bel et bien lu et approuvé les termes du contrat de crédit pour la somme en question. C'est donc dans son acception ‘temporelle’ qu'il faut comprendre ici le verbe précéder.

Concrètement, dans un contexte numérique, une telle “qualité fonctionnelle” de la formalité pourrait être préservée en empêchant le consommateur de valider, puis de signer numériquement le contrat tant qu'il n'a pas rempli le champ ‘lu et approuvé pour ... euros à crédit’, ni inscrit la date et l'adresse de signature (p. ex., un message d'erreur apparaît à l'écran pour signaler au consommateur qu'il n'a pas rempli tous les champs).

Dès lors, le terme “précéder” ne constitue pas un obstacle à la conclusion du contrat de crédit par voie électronique.

2. La mention manuscrite de la date

17 CC

“Le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite en toutes lettres : ‘lu et approuvé pour ... euros à crédit.’ Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l’adresse précise de signature du contrat”

7, § 2, TS

“L’acquéreur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite et en toutes lettres : “lu et approuvé”. Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et du lieu précis de la signature du contrat”.

S’agissant de l’exigence d’une mention manuscrite, celle-ci est déjà réglée par la clause transversale particulière de l’article 17, § 2, 3^e tiret, SSI. Il n’y a donc pas d’obstacle à la conclusion du contrat par voie électronique, étant donné qu’il est possible d’indiquer la date dans le document numérique, en utilisant le clavier ou la souris de l’ordinateur, doublé d’un moyen d’identifier l’auteur de la mention (p. ex., une signature électronique).

On se demande si le fait d’exiger la mention manuscrite de la date empêche le recours à l’horodatage électronique (cf. *supra*, point D). En effet, dans un tel procédé, la date n’est pas apposée par le consommateur mais par le tiers horodateur, à la requête du consommateur.

Toutefois, on pourrait considérer que l’exigence de la mention manuscrite de la date est rencontrée par horodatage, si le procédé permet de garantir que la requête d’horodatage émane bien de celui qui s’engage.

Or, d’un point de vue technique, le protocole d’horodatage électronique, au sens strict, ne prévoit pas l’identification de l’auteur de la requête d’horodatage par le tiers horodateur. Néanmoins, il ne devrait pas être difficile de prévoir une telle identification au moyen d’une signature numérique. Le certificat d’horodatage pourrait donc contenir, outre les indications relatives à la date et à la signature du tiers horodateur, l’identification de l’auteur de la requête.

F. Formalités relatives au recommandé

Lettre recommandée

9, § 2, TS

L'acquéreur qui entend exercer le droit [de renonciation] prévu au § 1er, doit le notifier au vendeur, par lettre recommandée, avant l'expiration des délais prévus.

4.2.2 ARVAN

“Lorsque la date convenue pour la livraison est postérieure à un délai de 4 mois ou lorsque le délai de livraison est de plus de 4 mois, le vendeur peut répercuter sur le prix convenu toute modification du prix maximum (prix catalogue) conseillé par l'importateur ou le producteur.

Si le prix convenu est ainsi augmenté, le vendeur a l'obligation d'en informer l'acheteur immédiatement, de manière claire et non équivoque, par une lettre recommandée. Dans celle-ci, il doit aussi être fait mention de la possibilité pour l'acheteur de résilier le contrat.

S'il y a augmentation du prix, l'acheteur peut résilier le contrat par lettre recommandée, dans les dix jours calendrier après la réception de la communication de la hausse de prix.

L'acompte éventuel sera remboursé dans les huit jours calendrier suivant la réception de l'envoi recommandé de l'acheteur.”

Lettre recommandée à la poste

18, § 3, al. 1, CC

“Lorsque le consommateur renonce au contrat, il notifie sa décision par lettre recommandée à la poste au prêteur.”

23, al. 2, CC

“En cas de paiement intégral anticipé, le consommateur a droit à une réduction du montant total à payer ou à une restitution équivalente, à condition qu'il avise le prêteur de son intention par lettre recommandée à la poste, un mois avant le remboursement intégral.”

26, al. 1, CC

“Sans préjudice des dispositions de l'article 25, la cession ou la subrogation n'est opposable au consommateur qu'après que ce dernier en a été informé par lettre recommandée à la poste, sauf lorsque la cession ou la subrogation immédiates sont expressément prévues dans le contrat et que l'identité du cessionnaire ou du tiers subrogé est mentionnée dans l'offre de crédit.”

36 CC

“Par dérogation à l'article 2021 du Code civil, le prêteur ne peut agir contre la caution et, le cas échéant, contre la personne qui constitue une sûreté personnelle, que si le consommateur est en défaut de paiement d'au moins deux échéances ou d'une somme équivalente à 20 p.c. du montant total à rembourser ou de la dernière échéance, et que si après avoir mis le consommateur en demeure par lettre recommandée à la poste, le consommateur ne s'est pas exécuté dans un délai d'un mois après le dépôt à la poste de la lettre recommandée.”

46, § 2, CC

“Lorsque l'acheteur à tempérament a payé au moins 40 p.c. du prix au comptant, le bien faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété dans le contrat de crédit ne peut être repris qu'en vertu d'une décision judiciaire ou d'un accord écrit conclu après mise en demeure par lettre recommandée à la poste.”

58, § 3, CC

“Pour les ouvertures de crédit consenties pour une durée indéterminée, l'offre doit indiquer que chacune des deux parties peut résilier le contrat moyennant un préavis de trois mois signifié par lettre recommandée à la poste. Le délai de trois mois commence à courir le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel la lettre recommandée de résiliation a été déposée à la poste.”

59, § 3, CC

“Lorsqu'il dispose de renseignements lui permettant de considérer que le consommateur ne sera plus à même de respecter ses obligations, le prêteur peut interrompre les prélèvements d'argent, moyennant préavis de sept jours ouvrables notifié au consommateur par lettre recommandée à la poste.”

41, § 2, al. 2, LPC

“Les clauses contractuelles interdisant la vente à perte ne sont pas opposables à celui qui vend le produit dans le cas prévu au § 1er, c).

Elles ne sont pas non plus opposables dans les autres cas considérés si celui qui vend a notifié au fabricant ou, à défaut de la connaître, au fournisseur du produit, par lettre recommandée à la poste, son intention de vendre à perte, ainsi que les prix qu'il compte pratiquer et si, dans un délai de quinze jours ouvrables à dater de cette notification, la personne nommée ci-dessus n'a pas notifié à celui qui vend, par la même voie, une offre de reprendre les produits en cause aux prix indiqués dans la notification.”

89, al. 2, LPC

“Les ventes de produits ou de services visées à l'article 86 ne sont parfaites qu'après un délai de sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat visé à l'article 88.

Pendant ce délai de réflexion, le consommateur a le droit de faire savoir par lettre recommandée à la poste au vendeur qu'il renonce à l'achat.”

7 CM

“Lorsque le contrat est conclu pour une durée de trois mois, chacune des parties peut résilier le contrat à l'expiration du premier ou du deuxième mois, par lettre recommandée à la poste, adressée au moins quinze jours à l'avance.

§ 4. Lorsque le contrat est conclu pour une durée de six mois, chacune des parties peut résilier le contrat à l'expiration du deuxième ou du quatrième mois, par lettre recommandée à la poste, adressée au moins quinze jours à l'avance.

§ 5. Lorsque le contrat est conclu pour une durée de neuf ou de douze mois, chacune des parties peut résilier le contrat à l'expiration de chaque trimestre, par lettre recommandée à la poste, adressée au moins quinze jours à l'avance.”

15, al. 1, AT

“La mise en demeure visée à l'article 14 est faite soit par exploit d'huissier soit par lettre recommandée à la poste.”

29, § 1, AT

“La résiliation du contrat se fait par lettre recommandée à la poste, par exploit d'huissier ou par remise de la lettre de résiliation contre récépissé.”

46, al. 2, AT

“En cas de transmission, à la suite du décès du preneur d'assurance, de l'intérêt assuré, les droits et obligations nés du contrat d'assurance sont transmis au nouveau titulaire de cet intérêt.

Toutefois, le nouveau titulaire de l'intérêt assuré et l'assureur peuvent notifier la résiliation du contrat, le premier par lettre recommandée à la poste dans les trois mois et quarante jours du décès, le second dans les formes prescrites par l'article 29, § 1er, dans les trois mois du jour où il a eu connaissance du décès.”

66, § 2, al. 2, AT

“Toutefois, si l'un de ces créanciers a avisé l'assureur de l'existence de son droit de préférence, la suspension, la réduction ou la résiliation ne lui seront opposables qu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la notification que l'assureur en fait par lettre recommandée à la poste; le délai commence à courir le lendemain du jour où la lettre a été déposée à la poste.”

20 VO

“Tout défaut dans l'exécution du contrat, constaté sur place par le voyageur, doit être signalé par le voyageur le plus tôt possible par écrit ou sous toute autre forme appropriée aux prestataires de services locaux concernés. Il doit en tout cas confirmer sa réclamation par lettre recommandée à la poste à l'organisateur et/ou à l'intermédiaire de voyages, au plus tard un mois après la fin du voyage. Il peut, à cet effet, utiliser le formulaire approprié qui lui a été remis en même temps que les documents de voyage ou qui est disponible sur place et lui sera remis à la première demande.”

Dépôt à la poste de la lettre recommandée

24, al. 3, 1°, CC

“Toute exception ne peut être invoquée à l'égard du prêteur qu'à condition que : 1° le consommateur ait mis le vendeur du bien ou le prestataire du service en demeure par lettre recommandée à la poste d'exécuter ses obligations découlant du contrat, sans avoir obtenu satisfaction dans un délai d'un mois à dater du dépôt à la poste de la lettre recommandée”

29, 1°, CC

“Toute clause qui prévoit une déchéance du terme ou une condition résolutoire expresse est interdite et réputée non écrite, à moins d'être stipulée 1° pour le cas où le consommateur serait en défaut de paiement d'au moins deux échéances ou d'une somme équivalente à 20 p.c. du montant total à rembourser et ne se serait pas exécuté un mois après le dépôt à la poste d'une lettre recommandée contenant mise en demeure. Ces modalités doivent être rappelées par le prêteur au consommateur lors de la mise en demeure”

36 CC

Cette disposition n'est pas un obstacle à la conclusion du contrat par voie électronique. Elle empêche le prêteur d'agir contre la caution dans certaines circonstances.

58, § 3, CC

“Pour les ouvertures de crédit consenties pour une durée indéterminée, l'offre doit indiquer que chacune des deux parties peut résilier le contrat moyennant un préavis de trois mois signifié par lettre recommandée à la poste. Le délai de trois mois commence à courir le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel la lettre recommandée de résiliation a été déposée à la poste.”

15, al. 2, AT

“La mise en demeure visée à l'article 14 est faite soit par exploit d'huissier soit par lettre recommandée à la poste.

Elle comporte sommation de payer la prime dans le délai qu'elle fixe. Ce délai ne peut être inférieur à quinze jours à compter du lendemain de la signification ou du dépôt de la lettre recommandée à la poste.”

29, § 2, AT

“§ 1er. La résiliation du contrat se fait par lettre recommandée à la poste, par exploit d'huissier ou par remise de la lettre de résiliation contre récépissé.

Dans le cas visé à l'article 16, la résiliation se fait par l'acte de mise en demeure visé à l'article 15.

§ 2. Sauf dans les cas visés aux articles 4, § 2, 16 et 31, § 1er, alinéa 2, la résiliation n'a d'effet qu'à l'expiration d'un délai d'un mois minimum à compter du lendemain de la signification ou de la date du récépissé ou, dans le cas d'une lettre recommandée, à compter du lendemain de son dépôt à la poste.

Le délai visé à l'alinéa 1er doit être indiqué dans le contrat et rappelé dans l'acte de résiliation.”

Remise d'une lettre contre récépissé

29, § 1, AT

“La résiliation du contrat se fait par lettre recommandée à la poste, par exploit d'huissier ou par remise de la lettre de résiliation contre récépissé.”

Envoi recommandé

4.2.2 ARVAN

“S'il y a augmentation du prix, l'acheteur peut résilier le contrat par lettre recommandée, dans les dix jours calendrier après la réception de la communication de la hausse de prix.

L'acompte éventuel sera remboursé dans les huit jours calendrier suivant la réception de l'envoi recommandé de l'acheteur.”

Forme recommandée de l'écrit

4.11 ARVAN

“Dans les dispositions qui précèdent, la forme recommandée de l'écrit n'est prévue qu'à titre probatoire.”

L'on sait que le recommandé électronique est désormais reconnu dans notre droit (arrêté royal du 9 juin 1999²⁰¹). Récemment, le législateur a franchi un pas supplémentaire. En effet, la loi-programme du 2 août 2002 libéralise purement et simplement le recommandé électronique, en ne laissant subsister le monopole de La Poste que pour les envois traditionnels (papier)²⁰².

Reste donc à s'interroger sur le sort du *formalisme* de l'envoi recommandé dans un environnement électronique.

Notre interrogation porte sur la possibilité d'utilisation d'un service de recommandé électronique, fourni éventuellement par un prestataire autre que La Poste, dans les cas où un texte légal ou réglementaire prévoit la formalité de la lettre recommandée à *La Poste*.

Le problème posé peut être envisagé sous un double angle.

La voie la plus naturelle est de partir des textes imposant le recours au recommandé *postal*, étant entendu que l'usage du recommandé électronique ne fait pas question dans les cas où une disposition légale ou réglementaire commande le recours à une simple lettre recommandée (sans autre précision).

A titre de complément d'analyse, il paraît pertinent de partir également de l'article 2281 du Code civil, afin de clarifier l'articulation de cette nouvelle disposition avec la question qui nous occupe.

En ce qui concerne le premier angle d'approche, deux obstacles majeurs peuvent être relevés : soit la loi requiert que tel acte soit notifié « par lettre recommandée à *La Poste* », soit elle exige le « *dépôt* à la poste d'une lettre recommandée » ou dispose que le point de départ d'un délai est fixé en référence au jour où « la lettre recommandée a été *déposée* à La Poste ».

Le premier obstacle peut-il être surmonté à la faveur de la clause transversale générale de l'article 17, § 1^{er} ?

Cette disposition semblerait pouvoir jouer en l'espèce : en effet, le recours au recommandé électronique permet non seulement de préserver les qualités fonctionnelles de l'exigence formelle du recommandé (l'intervention d'un tiers, chargé d'attester le moment de l'envoi et, le cas échéant, la réception par le destinataire ou le refus d'acceptation), mais plus encore d'accroître les effets juridiques y attachés (attester la non-modification du document envoyé ou la concordance entre document expédié et document reçu)²⁰³.

En réalité cependant, le juste fondement de la faculté de recourir au recommandé électronique ne nous paraît pas être cette disposition, mais plutôt l'article 144^{octies} de la loi du 21 mars 1991, qui consacre implicitement le recommandé électronique.

²⁰¹ Cet arrêté royal comporte une disposition qui consacre implicitement le recommandé électronique en droit interne. Il s'agit de l'article 21, qui insère un article 144^{octies} dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cet article prévoit, en son paragraphe 2, que « *Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste et ce, quel qu'en soit le support* ».

²⁰² Cf. l'art. 172 de la loi-programme du 2 août 2002, qui modifie l'art. 144^{octies} de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

²⁰³ Pour une démonstration, voy. E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », 22 pages, spéc. pp. 2-9, article à paraître.

Cela étant, il y a lieu d'aller plus loin. Il devrait être permis, nous semble-t-il, de passer par un service de recommandé offert par un *acteur autre que la poste*, et ce, nonobstant l'utilisation dans la loi des termes « lettre recommandée à La Poste ». L'opinion contraire reviendrait à réattribuer à La Poste, en violation des règles de concurrence, un monopole là où le législateur entendait le lui retirer. L'on conçoit néanmoins que cette interprétation puisse prêter à discussion et représenter une source d'insécurité juridique. Aussi, pour obvier à toute hésitation, la loi en projet pourrait-elle être complétée par une disposition prévoyant que « *Lorsqu'une lettre recommandée à la poste est requise [au cours du processus contractuel], cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit l'opérateur* ». A moins d'inscrire cette « clause transversale particulière » dans l'arrêté royal en préparation.

Il faut reconnaître néanmoins que cette affirmation peut apparaître téméraire si l'on en juge par la piètre qualité de certains services de recommandé repérés sur l'internet. A cet égard, l'on ne peut que souligner l'intérêt (voire la nécessité ?) de prévoir un mécanisme de labellisation de ce genre de services de certification offerts sur le *net*. Cela étant, force est d'admettre que le législateur ne semble pas s'embarrasser de cette précaution puisqu'il vient de libéraliser, complètement et sans conditions, le recommandé électronique.

Remarquons, au passage, que la solution avancée est valide uniquement à l'endroit du recommandé postal prescrit dans le cadre du processus contractuel.

Le second obstacle épinglé a trait au formalisme particulier résultant de l'exigence d'un *dépôt* de la lettre recommandée à la poste ou découlant de la circonstance qu'un *délai commence à courir à compter du jour du dépôt à la poste* du courrier recommandé.

Il n'y a pas lieu, à notre avis, d'attacher une importance par trop scrupuleuse à la lettre des dispositions prévoyant le *dépôt* à la poste de la lettre recommandée. L'on aurait tort de prêter au législateur (civil et commercial) une volonté artificielle à cet égard, comme si son intention avait été de prévoir, dans certains cas, un formalisme renforcé. A notre avis, les différences de formulation sont plutôt liées au hasard de la rédaction des textes légaux et réglementaires. L'analyse de ceux-ci nous confortent dans cette opinion : dans des situations en tous points semblables, le législateur exige tantôt un *envoi* par lettre recommandée à la poste, tantôt le *dépôt* d'une lettre recommandée à la poste, sans que l'on aperçoive les motifs justifiant cette différence. Etant donné que ces textes ont été rédigés par référence au seul recommandé traditionnel, nécessitant une remise ou un dépôt à un guichet de la poste, l'on ne saurait tirer argument des différences de formulation somme toute naturelles.

La question des délais calculés par référence au moment du dépôt est délicate. Dans l'environnement électronique, il est permis de considérer en l'occurrence que le délai devrait commencer à courir à dater du moment où le document parvient au prestataire du service d'envois recommandés (et non au destinataire du message recommandé !)²⁰⁴. Cette solution semble faire application de la théorie de l'expédition²⁰⁵, alors que le droit civil privilégie largement la théorie de la réception, selon laquelle on considère qu'un acte est accompli et

²⁰⁴ A l'appui de cette analyse, on peut tirer argument, par analogie, de l'interprétation qui prévaut à propos de l'article 52, alinéa 2, du Code judiciaire : bien que cette disposition utilise l'expression « acte accompli au greffe », d'aucuns considèrent que répond à cette exigence toute communication d'un acte de procédure au greffier, qui suppose la remise de l'acte au greffier, soit directement, soit par envoi postal. Cf. L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 373, n° 49 et la référence à C. Trav. Liège, 12 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 326.

²⁰⁵ Plusieurs dispositions y font explicitement allusion. Par ex. : l'art. 9, § 2, TS.

sortit ses effets dès le moment où son destinataire a eu la possibilité d'en prendre connaissance²⁰⁶⁻²⁰⁷.

La théorie de l'expédition peut s'expliquer en matière de recommandé traditionnel pour tenir compte, le cas échéant, du délai postal nécessaire à l'acheminement du courrier. Mais cette préoccupation disparaît dans le contexte des réseaux numériques, dès lors que les communications s'y effectuent de manière pratiquement instantanée. Comme en matière judiciaire²⁰⁸, il paraît souhaitable de retenir, en toute hypothèse, la théorie de la réception, de manière à assurer une uniformisation de traitement. Au demeurant, pour toutes les notifications effectuées en matière extrajudiciaire (domaine qui retient ici notre attention), par télégramme, télex, télécopie, courrier électronique ou autre moyen de communication, le législateur a d'ores et déjà disposé qu'elles étaient accomplies dès leur *réception* (art. 2281, al. 2, C. civ.).

Venons-en précisément à examiner l'incidence de l'article 2281 du Code civil sur le problème qui nous occupe.

L'article 2281 du Code civil s'énonce comme suit :

« Lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite. La notification est également considérée comme écrite si elle ne se matérialise pas par un document écrit chez le destinataire pour la seule raison que celui-ci utilise un autre mode de réception.

La notification est accomplie dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1^{er}.

A défaut de signature au sens de l'article 1322, le destinataire peut, sans retard injustifié, demander au notifiant de lui fournir un exemplaire original signé. S'il ne le demande pas sans retard injustifié ou si, sans retard injustifié, le notifiant fait droit à cette demande, le destinataire ne peut invoquer l'absence de signature ».

Il n'y a pas lieu de livrer un commentaire approfondi de cette disposition dans le cadre de la présente étude. Bornons-nous à remarquer que l'article 2281 pourra trouver application chaque fois que la loi utilise les termes « notifier » ou « notification », à tout le moins en matière extrajudiciaire, tout en ne prescrivant aucune forme particulière. Elle pourra être appliquée, plus généralement, chaque fois qu'une partie souhaite porter à la connaissance de son cocontractant un élément d'information important pour l'exécution, la modification ou l'extinction du contrat.

Cela étant, il est permis de se demander plus précisément : l'article 2281 peut-il s'appliquer lorsque la loi prévoit qu'une notification doit être réalisée par *envoi recommandé à la poste* ?

²⁰⁶ Tant en matière de contrats conclus entre absents (Cass., 16 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1190 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 et la note de J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance » ; Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724) qu'en matière d'acte unilatéral (Cass., 22 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 125, note J. CAEYMAEX).

²⁰⁷ La faveur accordée à la théorie de la réception tient au fait qu'elle répond le mieux aux nécessités de la pratiques (à cet égard, voy. J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 308-309, n° 16), sans compter que la notification d'un congé ou d'une résiliation, l'acceptation d'une offre, la mise en demeure, la mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété... sont autant d'actes *réceptices*, lesquels ne sont parfaits qu'à partir du moment où la manifestation de volonté parvient à la connaissance du destinataire.

²⁰⁸ Cf. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition », note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 193 et s.

A cette question, certains auteurs répondent par la négative : « le nouvel article 2281 ne semble viser que l'hypothèse où la *notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite...*, et non celle dans laquelle elle doit être réalisée par un envoi recommandé à la poste ». Ils préconisent dès lors une modification du texte afin de l'étendre à l'envoi recommandé²⁰⁹.

Cette analyse ne nous paraît pas décisive. Apparemment l'article 2281 vise uniquement les communications bilatérales entre parties, auquel cas il ne semble effectivement pas pouvoir s'appliquer lorsqu'un envoi recommandé est requis. En effet, l'intervention d'un tiers neutre nous paraît être de l'essence du service de recommandé. Toutefois, à y regarder de près, la disposition concernée prenant en considération *tout autre moyen de communication*, on se demande si elle ne pourrait tout de même pas couvrir un service de recommandé électronique. Dans cette optique, l'article 2281 n'a pas à être modifié, le recommandé électronique étant déjà reconnu au titre de l'article 21, § 2, de l'arrêté royal du 9 juin 1999.

Concernant la date de la notification, l'alinéa 2 de l'article 2281 précise qu'elle est accomplie dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1^{er} (voy. plus haut). Cette précision, qui fait application de la théorie de la réception, permet de définir le moment à prendre en compte pour le calcul des éventuels délais qui commenceraient à courir suite à une notification. Etant donné le caractère quasi instantané d'un envoi par fax ou par courrier électronique (y compris dans le cas du recours à un service de recommandé électronique), on peut raisonnablement estimer que la date d'envoi coïncidera pratiquement avec celle de réception.

²⁰⁹ L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du Jeunes Barreau de Liège, 2001, pp. 305 et s., spéc. p. 360, n° 38.

G. Formalités relatives au support

1. Affiches

104, 3, LPC

“Sont punis d'une amende de 1.000 à 20.000 euros : (...)

3. ceux qui, volontairement en personne ou par personne interposée, suppriment, dissimulent ou lacèrent totalement ou partiellement les affiches apposées en application des articles 99 et 108. [publication du jugement]”

Selon l'article 99 LPC (cf. aussi 108 LPC), *“Le président du tribunal de commerce peut prescrire l'affichage de sa décision ou du résumé qu'il en rédige, pendant le délai qu'il détermine, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur des établissements du contrevenant et ordonner la publication de son jugement ou du résumé par la voie de journaux ou de toute autre manière, le tout aux frais du contrevenant”*.

Cette formulation large permet au juge d'ordonner la publication du jugement sur le site web du contrevenant. Par contre, l'article 104, 3, LPC, par sa formulation, semble n'envisager que l'hypothèse d'une publication du jugement par affiches dans un contexte papier (“lacèrent”, “apposées”). D'ailleurs, en principe, le terme “affiche” désigne une “feuille imprimée destinée à porter quelque chose à la connaissance du public, et placardée sur les murs ou des emplacements réservés” (Petit Robert). Remarquons toutefois que le vocabulaire courant des réseaux utilise le terme “affichage” pour désigner l'apparition d'une page web sur l'écran de l'ordinateur.

Sachant que le droit pénal est de stricte interprétation, on pourrait considérer qu'il n'y a pas de sanction, en cas de publication du jugement sur un site web, si quelqu'un faisait “disparaître” le jugement du site, ou en modifiait le contenu, par exemple en supprimant certains passages.

Certes, il s'agit là d'une sanction pénale et non d'une exigence formelle relative au processus contractuel. Toutefois, l'inadéquation de cette disposition a pour conséquence que la disposition concernée de la LPC est moins sanctionnée sur les réseaux numériques que dans le monde “réel” et, partant, le consommateur moins bien protégé.

Dès lors, afin de mieux protéger le consommateur en sanctionnant certains comportements sur internet, la modification suivante pourrait être apportée à l'article 104, 3, LPC : *“ceux qui, volontairement en personne ou par personne interposée, suppriment, dissimulent ou altèrent totalement ou partiellement la publication du jugement ordonnée en application des articles 99 et 108”*.

Néanmoins, rappelons que cette adaptation ne pourrait être opérée par l'arrêté royal portant exécution de l'article 17, § 3, étant donné qu'il ne s'agit pas d'adapter une disposition portant obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

2. Enveloppe

39, § 2, 3°, CC

“En matière de recouvrement, sont interdits : (...) 3° toute mention sur une enveloppe dont il ressort que la correspondance concerne la récupération d’une créance”

On n’envisage ici que la correspondance postale, et non le courrier électronique.

L’objectif est de préserver la vie privée du consommateur-débiteur, pour ne pas que les personnes manipulant l’enveloppe (personnel de La Poste, proches du débiteur...) puissent savoir qu’il s’agit d’une lettre concernant la récupération d’une créance.

Or, avec le courrier électronique, ce problème ne se pose pas, dans la mesure où les messages transmis sur les réseaux transitent par des routeurs et des serveurs, sans intervention humaine. Par ailleurs, en principe, seul le destinataire du courrier électronique peut accéder à sa boîte aux lettres électronique, par un mot de passe personnel.

Dès lors, cette protection spécifique n’a pas lieu d’être dans l’environnement numérique, où le problème n’existe pas. Il n’est donc pas nécessaire de procéder à une adaptation de cette disposition.

3. Lettre

27bis, § 2, 4° tiret, CC

“En cas de simple retard de paiement, qui n'entraîne ni la résolution du contrat, ni la déchéance du terme, aucun paiement autre que ceux indiqués ci-dessous ne peut être réclamé au consommateur : les frais convenus de lettres de rappel et de mise en demeure, à concurrence d'un envoi par mois. Ces frais se composent d'un montant forfaitaire maximum de (7,50 EUR) augmenté des frais postaux en vigueur au moment de l'envoi”.

7, § 3, ARSFH

“§ 1^{er}. Si le vendeur se propose d'apporter une modification au tarif d'un des éléments d'information des services visés aux points I, II, III, IV et X de l'annexe au présent arrêté, il en informe préalablement le consommateur qui a acquis ces services.

Sans préjudice de l'article 60 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, une modification des taux d'intérêt est communiquée au consommateur dans le plus bref délai possible après la modification.

§ 2. Au minimum une fois par an, dans le courant du mois de janvier, le tarif des services visés aux points I, II, III, IV et X de l'annexe au présent arrêté est communiqué au consommateur qui a acquis ces services.

Cette communication a lieu selon le modèle figurant en annexe au présent arrêté.

§ 3. La communication visée aux §§ 1^{er} et 2 doit se faire par écrit, le cas échéant, par extrait de compte.

Si, en cas de communication au moyen d'un extrait de compte, le consommateur a domicilié son courrier dans l'établissement et n'en a pas pris connaissance dans les six mois à dater de la communication, celle-ci lui est transmise par lettre.”

10, al. 4, ARSFH

“Une fois par an, au plus tard à la fin du mois de février, le vendeur délivre un document justificatif au consommateur qui a acquis un service visé aux points I, II, III, IX et X de l'annexe au présent arrêté. Ce document justificatif indique par service ou par élément d'information le prix unitaire de l'opération, le nombre d'opérations effectuées au cours de l'année écoulée et le total des frais annuels.

En ce qui concerne les intérêts, seul le total des intérêts débiteurs et créditeurs doit figurer sur ce document.

La communication visée aux §§ 1er et 2 doit se faire par écrit, le cas échéant, par extrait de compte.

Si, en cas de communication au moyen d'un extrait de compte, le consommateur a domicilié son courrier dans l'établissement et n'en a pas pris connaissance dans les six mois à dater de la communication, celle-ci lui est transmise par lettre.”

Une lettre est un écrit que l'on envoie à quelqu'un pour lui communiquer quelque chose (Petit Robert). Cette définition renvoie donc à la notion d'écrit, elle-même interprétée largement par la clause transversale de l'article 17, § 2, 1° tiret, SSI. Dès lors, lorsqu'une disposition exige l'envoi d'une lettre, peu importent le support et le moyen de transmission de cette lettre du moment qu'on a affaire à un écrit.

Il n'y a donc pas d'obstacle à ce qu'une lettre de rappel (27bis, § 2, 4° tiret, CC), une information sur la modification des tarifs relatifs aux services financiers homogènes (7, § 3, ARSFH) ou encore le document justificatif relatif à l'ensemble des opérations effectuées par le consommateur sur l'année et leur coût (10, al. 4, ARSFH) soient envoyées par courrier électronique.

4. Page

a) Première page

79, § 1, al. 1, 2° et 3°, LPC

“§ 1er. Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants : (...)

2° le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page (...)

3° en cas d'absence de droit de renonciation, dans les hypothèses prévues à l'article 80, § 4, la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page (...)”

6, § 1, 6°, CM

“Le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner à peine de nullité :

6° la clause de renonciation suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page ‘Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat, le client a le droit de renoncer sans frais ni indemnité au contrat à condition d'en prévenir l'entreprise de courtage matrimonial par lettre recommandée à la poste’.”

En soi, la notion de page ne semble guère problématique au regard de certains documents électroniques. En effet, les logiciels de traitement de texte permettent d'organiser un texte en pages et de numéroté ces pages²¹⁰. Ainsi, lorsque la loi exige qu'une information figure en première page d'un document (par exemple d'un contrat), il n'y a aucune difficulté à rencontrer cette exigence lorsque le document prend la forme d'un document Word ou PDF, qu'il soit attaché à un courrier électronique ou à télécharger d'un site web.

Par contre, si l'on parle couramment de "page" web sur les réseaux, la présentation de cette dernière diffère de celle d'un document papier ou d'un document électronique issu d'un traitement de texte. En effet, quelle que soit la longueur du texte qu'elle contient, une "page" web (c'est-à-dire un document HTML) n'est pas elle-même divisée en pages. Certes, lors de l'impression d'une page web équivalent à plusieurs pages en papier, chaque feuille imprimée est numérotée. Mais cette numérotation est variable, en fonction notamment de la configuration de l'imprimante (marges...), de la taille des caractères, du logiciel de navigation, etc. La même observation vaut pour les courriers électroniques.

En tant que telle, la notion de "première page" ne se retrouve donc pas systématiquement dans l'environnement électronique. Il s'agit donc de lui trouver des équivalents fonctionnels. L'objectif du législateur, dans les dispositions concernées, est d'assurer que l'information en question n'échappe en aucun cas à l'attention du consommateur. En outre, une interprétation stricte pourrait conduire à penser que l'information doit être présentée d'une manière telle qu'elle s'impose à la vue du consommateur, sans pouvoir lui échapper. Il nous paraît cependant excessif d'attendre ici une totale passivité du consommateur.

Dès lors, en application de la clause transversale générale, tout moyen électronique permettant d'attirer, au premier coup d'œil, l'attention du consommateur sur la mention requise, sans exiger aucune recherche active de sa part, devrait être admis comme équivalent à l'exigence d'une mention figurant en première page.

Certes, différents moyens pourraient être mis en œuvre par les professionnels. Cependant, aucun ne peut être recommandé avec certitude *in abstracto* et leur adéquation avec les exigences du législateur reste incertaine dans bien des cas, si l'on ajoute l'exigence stricte de la passivité totale du consommateur.

Ainsi, on pourrait considérer que l'équivalent de la première page, dans un document web ou un e-mail, serait la première "page écran", c'est-à-dire ce qui s'affiche d'emblée à l'écran lorsque la page web ou l'e-mail apparaît et qui peut être lu sans faire défiler le texte. Toutefois, ici encore, la notion de "page écran" est fluctuante, en fonction de la taille de l'écran du consommateur, de la taille d'affichage des caractères, de la configuration du navigateur ou du logiciel de courrier électronique, etc. La question de la taille de l'écran est encore plus problématique si l'on envisage que le consommateur peut contracter électroniquement à partir de son GSM, grâce au WAP et à l'UMTS. On note en outre que ces variables échappent au contrôle du professionnel. Il semblerait excessif de lui reprocher que la mention exigée en première page n'apparaît pas d'emblée sur un écran anormalement petit et/ou lorsque la taille des caractères choisie par l'utilisateur est excessivement grande. Le professionnel devra prendre des mesures raisonnables pour qu'un consommateur normalement équipé (résolution d'écran standard, taille moyenne des caractères, etc.) puisse

²¹⁰ Techniquement, cette opération est qualifiée de pagination ou *paging*.

lire du premier coup d'œil la mention exigée, sans être certain que ces moyens soient considérés comme suffisants par le juge.

Afin d'augmenter la visibilité de la clause de (non) renonciation, le professionnel pourrait placer ostensiblement, en haut du document, un hyperlien explicite, sous forme d'un texte (en gras, clignotant...) du genre "Vous (ne) disposez (pas) d'un droit de renonciation". En cliquant sur l'hyperlien, le consommateur serait automatiquement renvoyé au texte complet de la clause, dans un cadre distinct du texte, en caractères gras. Un tel mode d'information du consommateur nous semble simple, efficace et adapté à la technologie utilisée pour contracter. Toutefois, selon une interprétation stricte, le procédé pourrait être sujet à caution, étant donné qu'il s'agirait d'un moyen indirect d'information, dépendant de l'action du consommateur, qui devrait cliquer sur l'hyperlien pour pouvoir lire l'entièreté de la clause. Cette méthode pourrait alors être considérée par le juge comme insuffisante au regard de la formalité de la "première page", s'il estimait que le consommateur doit pouvoir être informé sans poser aucune action, en demeurant totalement passif.

On pourrait également envisager l'utilisation d'un message *pop-up*, c'est-à-dire d'une fenêtre indépendante apparaissant automatiquement en même temps que la page web. Ainsi, la mention requise sautera littéralement aux yeux du consommateur. Cette technique est couramment employée à des fins publicitaires. Au point qu'elle apparaît parfois inconfortable pour l'internaute, qui voit surgir de toutes parts des messages publicitaires qu'il n'a pas sollicités. C'est pourquoi des logiciels anti-pop-up ont été mis sur le marché afin d'empêcher ces fenêtres parasites de s'ouvrir. Cela peut poser problème dans la mesure où la technique du *pop-up* serait utilisée à des fins d'information légale.

On constate dès lors qu'il règne une certaine insécurité juridique autour de l'exigence légale d'une mention en première page d'un document, étant donné qu'une interprétation stricte pourrait conduire à écarter certains procédés efficaces, comme le renvoi explicite par lien hypertexte, sous prétexte qu'ils nécessitent une action de la part du consommateur.

C'est pourquoi on suggère de procéder à une modification des dispositions exigeant qu'une mention apparaisse en première page d'un document.

A cet égard, plusieurs modifications sont envisageables :

6, § 1, 6°, CM

"Le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner à peine de nullité :

*6° la clause de renonciation suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page 'Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat, le client a le droit de renoncer sans frais ni indemnité au contrat à condition d'en prévenir l'entreprise de courtage matrimonial par lettre recommandée à la poste'. **En cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, cette clause de renonciation doit apparaître dans le contrat de manière immédiatement perceptible par le client.**"*

79, § 1^{er}, LPC

§ 1er. Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants :

1° confirmation des informations mentionnées à l'article 78, 1°, 3° à 6° et 10°, ainsi que l'identification du produit ou du service;

2° le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page :

"Le consommateur a le droit de notifier au vendeur qu'il renonce à l'achat, sans pénalités et sans indication de motif, dans les... jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison du produit ou de la conclusion du contrat de service."

Cette clause est complétée du nombre de jours ouvrables, lequel ne peut être inférieur à sept. En cas d'omission de cette dernière clause, dans les conditions visées au § 2, le produit ou le service est réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le produit ou le service ni de le restituer;

3° en cas d'absence de droit de renonciation, dans les hypothèses prévues à l'article 80, § 4, la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page :

"Le consommateur ne dispose pas du droit de renoncer à l'achat.";

4° l'adresse géographique de l'établissement du vendeur où le consommateur peut présenter ses réclamations;

5° les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants;

6° les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

Pour l'application des points 2° et 3°, en cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, la clause requise doit apparaître de manière immédiatement perceptible par le consommateur."

b) Indication d'un numéro de page

10, § 1, 14°, VO

"§ 1. Le bon de commande et le contrat de voyage mentionnent au moins :

14° les conditions d'une assurance-annulation, d'une assurance-assistance, et/ou de toute autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance ou l'indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations."

23, § 2, 14°, VO

"Ce contrat mentionne au moins : 14° les conditions d'une assurance annulation, d'une assurance-assistance et ou d'une autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance ou l'indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations."

Cette formalité sera examinée *infra*, point H.3, lorsque nous étudierons la possibilité pour une brochure de voyages de prendre la forme électronique.

5. Support durable

79, § 1, al. 1, LPC

§ 1er. Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants

4, § 1^{er}, al. 2, TEF

“Avant la conclusion du contrat relatif à la mise à la disposition et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds, l'émetteur communique au titulaire les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds.

Les conditions sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès.”

5, § 1^{er}, TEF

“L'émetteur fournit périodiquement au titulaire des informations relatives aux opérations réalisées grâce à l'instrument de transfert électronique de fonds, de façon à lui permettre de suivre raisonnablement l'état de ses dépenses. Les informations sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès.”

5, § 4, TEF

“Par dérogation aux dispositions de l'article 32, 9, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, l'émetteur qui se réserve la faculté de modifier unilatéralement un contrat à durée indéterminée, doit informer individuellement le titulaire de toute modification des conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds. Cette information doit se faire par écrit ou sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel celui-ci a accès, et doit avoir lieu au moins deux mois avant la mise en application de la modification concernée.”

La notion de support durable a déjà fait l'objet de commentaire *supra*, point B.2, à l'occasion de l'examen des “équivalents” de l'écrit.

6. Support matériel

4 ARSFH

“L’indication des tarifs peut figurer sur n’importe quel support matériel. Elle peut être reproduite sur différents supports pour autant que les tarifs relatifs à un service financier déterminé demeurent groupés sur un même support.”

Il convient d’opérer une distinction entre le support matériel, exigé ici, et le support durable sur lequel devront figurer les informations exigées par la directive sur les services financiers à distance.

Le support matériel envisagé ici est le support sur lequel figurent le tarif global d’un ou de plusieurs services financiers homogènes offerts en vente. Le rapport au Roi précise que cette information est valablement donnée quel que soit le support matériel utilisé : panneau d’affichage, écran, vidéo, dépliant...

Au vu des exemples cités, l’objectif ne semble pas être de permettre au consommateur de “stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d’une manière permettant de s’y reporter aisément à l’avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l’identique des informations stockées” (définition du support durable), mais de garantir au consommateur un accès à ces informations.

En fin de compte, tout support d’information écrite est nécessairement matériel. Même dans l’environnement numérique, qualifié de “virtuel”, les informations ne sauraient être portées à la connaissance des utilisateurs sans le concours de tout un matériel informatique (serveurs, routeurs, câbles, fibres optiques, écran, mémoire cache, disque dur, disquette, disque dur...). Une page web, un courrier électronique, un document Word... ne sont pas des supports, mais des informations pouvant être stockées sur une grande variété de supports informatiques.

Dès lors, cette disposition n’empêche pas le vendeur d’indiquer ses tarifs sur une page web, dans un courrier électronique ou sur tout support informatique. On s’interroge toutefois sur la pertinence du qualificatif “matériel”. A cet égard, on pourrait envisager de supprimer ce mot de l’article 4. Toutefois, une telle modification sortirait du cadre de la délégation qui est faite au Roi par l’article 17, § 3, puisqu’il ne s’agirait pas de supprimer un obstacle.

H. Formalités relatives à l'emploi de certains documents

1. Avenant

118 AT

“La mise en gage du contrat ne peut s'opérer que par avenant signé par le preneur d'assurance, le créancier gagiste et l'assureur.”

120 AT

“La cession de tout ou partie des droits résultant du contrat ne peut s'opérer que par avenant signé par le cédant, le cessionnaire et l'assureur.”

123 AT

“Tant que le preneur d'assurance est en vie, l'acceptation ne peut se faire que par un avenant à la police, portant les signatures du bénéficiaire, du preneur d'assurance et de l'assureur.”

Un avenant est défini comme un “accord modifiant une convention, en l’adaptant ou en la complétant par de nouvelles clauses. (...) Plus précisément, acte écrit additionnel contenant la modification”²¹¹.

Le terme “avenant” fait ainsi référence à l’écrit et, partant, n’est lié à aucun support en particulier, en vertu de la clause transversale particulière relative à l’écrit. Il nous semble dès lors qu’il n’y a là aucun obstacle à la signature d’un avenant par voie électronique, dans les hypothèses envisagées.

2. Bon de commande

10, § 1, VO

“Le bon de commande et le contrat de voyage mentionnent au moins (...)”

1 ARVAN

“Le présent arrêté concerne le bon de commande ou tout autre document qui est rédigé lors de la vente au consommateur des véhicules automobiles neufs suivants (...)”

3 ARVAN

“Art. 3 : Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants (...)”

Un bon est un “écrit constatant le droit d’une personne de se faire payer une certaine somme d’argent ou d’exiger une prestation déterminée”²¹². A nouveau, les termes “bon de commande” font référence à un écrit, non à un support particulier. Il n’y a donc pas d’objection à ce qu’un bon de commande puisse revêtir la forme électronique, ce qui est d’ailleurs pratique courante sur les réseaux.

²¹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, PUF, 1996, v^o avenant.

²¹² *Idem*, v^o bon.

3. Brochure

5 VO

“Si une brochure est mise à la disposition du voyageur, elle doit indiquer de manière précise, lisible, apparente et non équivoque...”

6 VO

“Les informations contenues dans la brochure de voyages engagent l’organisateur ou l’intermédiaire de voyages qui a édité ladite brochure...”

a) Support de la brochure

Traditionnellement, le terme “brochure” fait référence à un petit ouvrage imprimé et broché. Il y aurait donc là une référence au contexte papier, susceptible de faire obstacle à l’utilisation de la voie électronique. Toutefois, si l’on applique la clause transversale générale à cette disposition, on ne s’attachera guère aux modalités spécifiques de confection de la brochure, mais à ses qualités fonctionnelles.

Lorsque le législateur fait référence à une brochure, il emploie le vocable le plus courant pour désigner l’information qui est mise à disposition du public en matière de voyages. Ces informations doivent sans aucun doute revêtir la forme écrite, ce qui nous renvoie également à la clause transversale particulière relative à l’écrit, interprété indépendamment de son support et de ses modalités de transmission.

Ainsi, la brochure de voyage pourrait valablement être fournie sur papier, mais aussi sur un support électronique, tel qu’un site web, un CD-ROM, etc.

Il convient toutefois de nuancer cette analyse, au regard des dispositions qui suivent.

b) Référence à la brochure dans le contrat

10, § 1, 14°, VO

*“§ 1. Le bon de commande et le contrat de voyage mentionnent au moins : (...)
14° les conditions d’une assurance-annulation, d’une assurance-assistance, et/ou de toute autre assurance, ainsi que le nom et l’adresse de la compagnie d’assurance ou l’indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations.”*

10, § 3, VO

“§ 3. Dans la mesure où les indications prévues aux §§ 1er et 2 figurent totalement ou partiellement dans un programme, une brochure de voyages mise à la disposition du voyageur ou le bon de commande, le contrat de voyage pourra contenir une simple référence à ce programme, cette brochure de voyages ou ce bon de commande; toute modification du programme ou de la brochure de voyages devra être mentionnée dans le contrat de voyage.”

23, § 2, 14°, VO

“Ce contrat mentionne au moins :

14° les conditions d'une assurance annulation, d'une assurance-assistance et ou d'une autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance ou l'indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations.”

23, § 3, al. 2, VO

“Dans la mesure où ces indications figurent totalement ou partiellement dans un programme, une brochure de voyages mise à la disposition du voyageur ou le bon de commande, le contrat pourra contenir une simple référence à ce programme, cette brochure de voyages ou ce bon de commande; toute modification devra être mentionnée dans le contrat.”

Il ressort de ces dispositions que certaines mentions obligatoires du contrat peuvent être remplacées par une simple référence à la brochure remise au consommateur, si ces informations y figurent. Les informations de la brochure feraient ainsi partie intégrante du contrat.

Au regard de l'importance de ces informations, il nous semble que le support de la brochure n'est pas indifférent. En effet, il semble primordial de permettre au consommateur de se référer à ces clauses contractuelles et de les conserver en vue de les consulter ultérieurement. En pratique, dans un contexte papier, le consommateur signe le contrat dans une agence de voyage où on lui a remis une brochure sur papier, qu'il peut emporter chez lui et consulter à tout moment.

Dès lors, on pourrait voir en filigrane dans la loi l'exigence d'une brochure sur un support durable, lorsque le contrat ne contient qu'une référence à cette brochure, sans reprendre *in extenso* toutes les informations exigées. Nous avons vu, à cet égard, qu'on considère comme un support durable *“tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées”* (*supra*, point B.2)

Ainsi, le contrat pourrait se contenter d'une référence à la brochure si elle se présentait sous forme électronique, sur un CD-ROM, un DVD, voire sur une disquette, remis au consommateur, ou dans un fichier joint à un courrier électronique.

Par contre, on peut douter que la référence à une brochure figurant sur un simple site web (en format HTML) soit satisfaisante aux yeux du législateur, à moins que le professionnel prenne certaines mesures visant à lui garantir un caractère durable. En effet, une page web présente un caractère évanescent, facilement modifiable par le professionnel, et dont l'accès est conditionné par la qualité de la connexion du consommateur et la densité du trafic sur le réseau, etc.

Néanmoins, rappelons que le considérant n° 20 de la future directive européenne sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs précise, à propos de la notion de support durable, qu'un site internet ne peut être considéré comme tel, sauf s'il satisfait aux critères spécifiés dans la définition des supports durables. Au vu d'une telle précision, on peut conclure qu'un fichier (Word, PDF...) téléchargeable sur le disque dur du consommateur à partir du site internet du professionnel pourrait répondre aux critères du

support durable, étant donné qu'il serait accessible pour une consultation ultérieure et pourrait être "reproduit à l'identique".

Quant à la référence au numéro de page de la brochure, cette exigence pourrait être rencontrée par voie électronique, si la brochure se présente sous forme de document paginé (Word ou PDF) à télécharger ou attaché à un courrier électronique. Il suffit que le bon de commande indique le numéro de la page concernée. Si la brochure se présente sous forme de document à télécharger à partir du site du professionnel, il conviendrait en outre que ce dernier affiche d'office, sur le bon de commande électronique ou dans le contrat, un hyperlien visible et explicite vers la page web contenant la brochure à télécharger, en exhortant le consommateur à l'imprimer ou à la télécharger et à en conserver une copie sur son disque dur.

Toutefois, l'exigence d'un support durable ne ressort pas clairement de ces dispositions, envisagées initialement dans un contexte papier, et pourrait dès lors donner lieu à discussion si la loi n'était pas plus précise sur ce point. On envisage dès lors de stipuler clairement, dans les dispositions concernées, que la mention obligatoire dans le contrat ou dans le bon de commande peut être remplacée par une référence à la page de la brochure contenant ces indications, à condition que celle-ci soit fournie au consommateur sur un support durable, à sa disposition et auquel il a accès.

Cela donnerait par exemple ceci :

10, § 1, 14°, VO

"§ 1. Le bon de commande et le contrat de voyage mentionnent au moins : (...)

14° les conditions d'une assurance-annulation, d'une assurance-assistance, et/ou de toute autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance ou l'indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations, à condition que celle-ci soit mise à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès."

10, § 3, VO

"§ 3. Dans la mesure où les indications prévues aux §§ 1er et 2 figurent totalement ou partiellement dans un programme, une brochure de voyages mise à la disposition du voyageur ou le bon de commande, le contrat de voyage pourra contenir une simple référence à ce programme, cette brochure de voyages ou ce bon de commande, à condition qu'ils soient mis à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès; toute modification du programme ou de la brochure de voyages devra être mentionnée dans le contrat de voyage."

Idem pour l'article 23 VO

Une définition de la notion de support durable devrait en outre être introduite dans la loi, à l'article 1^{er} relatif aux définitions.

Il nous semble que pareilles modifications pourraient s'inscrire dans l'optique de l'article 17, § 3, du projet de loi, dans la mesure où il s'agit de lever une insécurité juridique quant au support sur lequel doit figurer la brochure. En effet, en exigeant un support durable, on n'imposerait pas une condition supplémentaire dans la loi. A l'origine, le législateur n'avait en tête que les brochures fournies sur catalogues papier, que le consommateur pouvait emporter chez lui et consulter ultérieurement. Dans ce cas, les informations sont fournies sur un support durable. Partant de cette hypothèse, le législateur accorde au professionnel la

faculté de remplacer, dans le contrat ou dans le bon de commande, certaines informations obligatoires par une simple référence à la brochure. Il ajoute, pour les mêmes raisons, que les informations contenues dans la brochure font partie du contenu contractuel. En l'absence de support suffisamment durable, ces dispositions n'auraient pas de fondement.

Il convient de préciser que ces modifications n'empêcheraient nullement un prestataire d'avoir une activité d'organisateur ou d'intermédiaire de voyages sur un site web et de mettre une brochure de voyages en ligne sous forme de pages web. Simplement, si la brochure ne figure pas sur un support durable, le contrat ou le bon de commande devront reproduire les informations obligatoires, sans pouvoir se contenter d'une référence à la brochure.

c) Editeur de la brochure

6 VO

“Les informations contenues dans la brochure de voyages engagent l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages qui a édité ladite brochure...”

Lorsque la loi mentionne l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages qui a *édité* la brochure, il ne faudrait pas y voir une limitation au monde de la presse. On entend désigner par là l'organisateur ou l'intermédiaire qui assure la *publication* de la brochure, que ce soit sous forme imprimée ou sur les réseaux.

4. Document

4, § 3, TEF

“L'émetteur est également tenu de remettre gratuitement un document reprenant les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds à la demande de toute personne intéressée.”

1 ARVAN

“Le présent arrêté concerne le bon de commande ou tout autre document qui est rédigé lors de la vente au consommateur des véhicules automobiles neufs suivants : (...)”

3, 7° ARVAN

Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...) la stipulation de la reprise par le vendeur d'un véhicule d'occasion de l'acheteur lorsqu'elle est prévue, accompagnée de la description suffisante de ce véhicule dans un document annexe.”

4 ARVAN

“Le 4 du document visé à l'article 1^{er} mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible.”

10, al. 4, ARSFH

“Une fois par an, au plus tard à la fin du mois de février, le vendeur délivre un document justificatif au consommateur qui a acquis un service visé aux points I, II, III,

IX et X de l'annexe au présent arrêté. Ce document justificatif indique par service ou par élément d'information le prix unitaire de l'opération, le nombre d'opérations effectuées au cours de l'année écoulée et le total des frais annuels.
En ce qui concerne les intérêts, seul le total des intérêts débiteurs et créditeurs doit figurer sur ce document.

Un document est un “écrit constatant un élément de preuve ou une information”²¹³. Le terme “document” se réfère à l’écrit, non à un support déterminé. Un document peut donc valablement prendre la forme électronique.

5. Extrait de compte

7, § 3, ARSFH

“§ 1^{er}. Si le vendeur se propose d'apporter une modification au tarif d'un des éléments d'information des services visés aux points I, II, III, IV et X de l'annexe au présent arrêté, il en informe préalablement le consommateur qui a acquis ces services.

Sans préjudice de l'article 60 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, une modification des taux d'intérêt est communiquée au consommateur dans le plus bref délai possible après la modification.

§ 2. Au minimum une fois par an, dans le courant du mois de janvier, le tarif des services visés aux points I, II, III, IV et X de l'annexe au présent arrêté est communiqué au consommateur qui a acquis ces services.

Cette communication a lieu selon le modèle figurant en annexe au présent arrêté.

§ 3. La communication visée aux §§ 1er et 2 doit se faire par écrit, le cas échéant, par extrait de compte.”

10, al. 4, ARSFH

“Une fois par an, au plus tard à la fin du mois de février, le vendeur délivre un document justificatif au consommateur qui a acquis un service visé aux points I, II, III, IX et X de l'annexe au présent arrêté. Ce document justificatif indique par service ou par élément d'information le prix unitaire de l'opération, le nombre d'opérations effectuées au cours de l'année écoulée et le total des frais annuels.

En ce qui concerne les intérêts, seul le total des intérêts débiteurs et créditeurs doit figurer sur ce document.

La communication visée aux §§ 1er et 2 doit se faire par écrit, le cas échéant, par extrait de compte.”

L'extrait de compte n'est lié à aucun support particulier. Il s'agit d'une information portant sur l'ensemble des activités relatives à un compte bancaire pour une période déterminée.

Avec le développement du e-banking, il ne fait aucun doute que les extraits de compte peuvent être sous forme électronique. A cet égard, on note que l'Association Belge des Banques a mis en place des “standards bancaires pour décrire l'échange électronique d'extraits de compte codifiés portant les données figurant sur les extraits de compte papier et leurs annexes”²¹⁴.

²¹³ *Idem*, v° document.

²¹⁴ <http://www.abb-bvb.be/gen/downloads/stdfr5.pdf>

6. Formulaire

1, K et L, AT

“K. Demande d’assurance : un formulaire émanant de l’assureur par lequel celui-ci offre de prendre le risque en charge provisoirement, à la demande du preneur d’assurance.

L. Proposition d’assurance : formulaire émanant de l’assureur, à remplir par le preneur, et destiné à éclairer l’assureur sur la nature de l’opération et sur les faits et circonstances qui constituent pour lui des éléments d’appréciation du risque.”

Le terme “formulaire” est défini comme un “document préétabli en série selon un modèle comportant des blancs destinés à recevoir des indications de l’intéressé qui le remplit en réponse aux questions énoncées”²¹⁵.

On voit donc dans ce terme une référence à l’écrit, affranchi de tout support particulier par la clause transversale particulière relative à l’écrit. Un formulaire pourrait donc revêtir la forme électronique, sans porter atteinte aux qualités fonctionnelles requises du document.

7. Guide

1, 10°, ARCO2

“10° ‘guide de la consommation de carburant’ : un recueil réunissant les données relatives à la consommation officielle de carburant et aux émissions spécifiques officielles de CO2 pour chaque modèle disponible sur le marché des voitures neuves”

4 ARCO2

“Le Service des Affaires environnementales du Ministère des Affaires sociales de la Santé publique et de l’Environnement veille à ce que, au moins une fois par an, en consultation avec les constructeurs, un guide de la consommation de carburant conforme aux exigences de l’annexe II soit élaboré. Le guide doit être portable et compact.

Le guide de la consommation de carburant est mis à la disposition gratuitement du consommateur qui en fait la demande auprès du Service des Affaires environnementales du Ministère des Affaires sociales de la Santé publique et de l’Environnement, à l’adresse : Quartier Vésale, Cité administrative de l’Etat, avenue Pachéco, 19, bte 5, 1010 Bruxelles, ou il peut être consulté par le consommateur sur le site web de ce service :

<http://environnement.fgov.be> .

Le guide de la consommation de carburant est, également gratuitement, mis à la disposition du consommateur, en un endroit visible et accessible, par les personnes qui mettent en vente ou en crédit-bail des voitures particulières neuves dans un point de vente.”

²¹⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° formulaire.

Nous avons observé *supra* que l'ARCO2 contient déjà des dispositions spécifiques aux réseaux, et qu'il n'est dès lors pas nécessaire de l'adapter sur ce point. En effet, un site web exposant des modèles de voitures neuves est considéré comme du "matériel promotionnel", devant répondre à l'article 7 et aux exigences de l'annexe 4 de l'ARCO2.

Toutefois, on constate que les dispositions relatives aux sites web sont assez peu exigeantes, et l'on pourrait prévoir des obligations supplémentaires, eu égard au développement actuel du commerce électronique. Cependant, une telle modification de l'ARCO2 ne s'inscrirait pas dans le cadre de l'article 17 du projet, visant à lever les obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, mais dans le cadre d'une politique d'information et de protection du consommateur sur les réseaux.

Ainsi, le guide de la consommation de carburant existe en version électronique et peut notamment être consulté par le consommateur sur le site web du Service des Affaires environnementales du Ministère des Affaires sociales de la Santé publique et de l'Environnement : <http://environnement.fgov.be>.

Or, ni l'article 7, ni l'annexe IV concernant la documentation promotionnelle (notamment les sites web), n'exigent que la documentation promotionnelle fasse référence au guide en question. C'est regrettable étant donné que, dans le cas d'un site web, un simple hyperlien suffirait à garantir une bonne information des consommateurs à cet égard.

On pourrait dès lors envisager de procéder à une modification de l'article 7 sur ce point, exigeant que l'ensemble de la documentation promotionnelle et l'autre matériel promotionnel indiquent en outre que le guide de la consommation de carburant peut être consulté par le consommateur par voie électronique, sur le site <http://environnement.fgov.be>. A cet égard, il n'est pas gênant que la documentation promotionnelle et le matériel promotionnel concernent non seulement les sites web, les CD-ROM, disquettes, mais également les imprimés, manuels techniques, brochures, publicités dans les journaux, magazines et revues spécialisées, ainsi que les affiches.

Il convient toutefois de relever que l'article 9 de la directive 1999/94/CE stipule qu'il appartient à la Commission européenne de "*formuler des recommandations afin de permettre d'appliquer à d'autres médias et matériels les principes des dispositions relatives à la documentation promotionnelle*". Il ne s'agit toutefois que de simples recommandations, n'empêchant pas les Etats membres de prendre des initiatives à cet égard.

8. Prospectus

a) Le support du prospectus

5 TS

“Lors de toute offre d’un contrat ou à la demande de tout consommateur intéressé, le vendeur est tenu de remettre gratuitement, et avant la conclusion du contrat, un prospectus contenant des indications précises sur les éléments suivants. (...)”

6 TS

“§ 1^{er}. Toutes les informations contenues dans le prospectus visé à l’article 5 font partie intégrante du contrat. (...)”

Un prospectus est un document destiné à présenter à la clientèle un établissement, ainsi que les produits ou services qu’il fournit. A nouveau, la notion de prospectus fait référence à l’écrit, interprété conformément à la clause transversale particulière.

Toutefois, dans les dispositions envisagées, les informations contenues dans le prospectus font partie du contenu contractuel. Dès lors, elles revêtent une importance particulière pour le consommateur, qui doit pouvoir s’y référer à tout moment, ultérieurement à la conclusion du contrat de timesharing. A l’instar de la brochure de voyages, on conclut ici que le législateur attend que les informations du prospectus soient fournies sur un support durable.

Dès lors, les remarques qui ont été formulées à l’égard de la brochure peuvent également s’appliquer au prospectus (*supra*, point 3). Il nous semble donc qu’un prospectus peut prendre la forme électronique, à condition toutefois d’être fourni sur un support durable.

Il conviendrait donc de modifier l’article 5 TS sur ce point, et d’introduire dans la loi une définition du support durable. Il nous semble que pareilles modifications pourraient s’inscrire dans l’optique de l’article 17, § 3, du projet de loi, dans la mesure où il s’agit de lever une insécurité juridique quant au support sur lequel doit figurer la brochure. En effet, en exigeant un support durable, on n’imposerait pas une condition supplémentaire dans la loi. A l’origine, le législateur n’avait en tête que les prospectus en papier, que le consommateur pouvait emporter chez lui et consulter ultérieurement. Dans ce cas, les informations sont fournies sur un support durable.

b) L’exigence d’un prospectus dans l’ARSFH

1, al. 2, ARSFH

“Lorsque l’offre en vente d’un service financier homogène, au sens de l’article 1, 3, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, a lieu dans l’établissement du vendeur, le consommateur doit pouvoir consulter les tarifs de ce service immédiatement et de manière permanente à un endroit apparent et nettement visible pour lui dans l’établissement. La vente dans les salons, foires et expositions est assimilée à une vente dans l’établissement du vendeur.”

Les tarifs, à l'exception de celui relatif au service visé au point V de l'annexe au présent arrêté, doivent en outre être indiqués sur un ou plusieurs prospectus mis gratuitement et de manière permanente à la disposition du consommateur, et que celui-ci peut emporter sans formalité ni demande particulière de sa part. Une mention apposée d'une manière apparente et non équivoque à un endroit nettement visible de l'extérieur de l'établissement informe le consommateur de cette faculté.

Lorsque l'offre en vente d'un service financier homogène a lieu en dehors de l'établissement du vendeur, le tarif du service offert doit être communiqué au consommateur au moment de l'offre.

Il ressort clairement du libellé des deux premiers alinéas qu'ils ne concernent que les offres en vente qui ont lieu dans l'établissement du vendeur. Le dernier alinéa, quant à lui, ne vise que les offres faites en dehors de l'établissement du vendeur. Traditionnellement, on distingue ces dernières des offres en vente à distance. Les offres en vente à distance ne seraient dès lors pas visées par l'article 1^{er} ARSFH.

Toutefois, l'article 1^{er} envisage l'information du consommateur de manière globale, en mettant les tarifs du vendeur à la disposition du consommateur sur un ou plusieurs prospectus qu'il peut emporter sans formalité ni demande particulière de sa part. Le rapport au Roi précise à cet égard qu'un des objectifs de l'arrêté royal est de permettre au consommateur d'effectuer des comparaisons entre les tarifs de différentes institutions financières. Dès lors, il pourrait être intéressant de prévoir dans l'article 1^{er} une disposition spécifique aux offres en vente à distance ou, à tout le moins, aux offres par voie électronique.

On pourrait ainsi prévoir que lorsque l'offre est faite sous forme électronique, les tarifs doivent être fournis sur un support durable, à la disposition du consommateur et auquel il a accès. Il conviendrait alors de définir la notion de support durable dans l'AR.

Toutefois, une telle modification ne s'inscrirait pas dans le cadre de l'article 17, § 3, du projet de loi, mais dans une politique de protection du consommateur sur les réseaux, pour compléter la directive sur les services financiers à distance. Il conviendra de consulter les milieux concernés à cet égard. En outre, il serait préférable d'attendre la transposition en droit belge de la directive sur les services financiers pour modifier l'ARSFH, afin de garantir une certaine cohérence.

I. Formalités relatives aux copies et exemplaires

1. Copie certifiée conforme

10, § 3, AT

“§ 3. L'assureur est tenu de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie certifiée conforme des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir.”

Il s'agit là d'un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, à l'heure actuelle, il n'existe pas de système de copie certifiée conforme de document électronique.

On objectera que le recours à la signature numérique remplace avantageusement un tel système, dans la mesure où elle empêche toute modification du document signé. Toutefois, la certification de copie conforme ne remplit pas seulement une fonction probatoire, mais constitue en outre une ressource fiscale pour l'Etat, par le biais du timbre fiscal apposé sur la copie par l'agent communal, ou le recours au papier timbré.

Etant donné que la question relève également du droit fiscal, il faudrait que le Ministère des Finances se penche sur la question d'une réforme globale et approfondie de la copie certifiée conforme au regard des nouvelles technologies.

Par ailleurs, il faut garder à l'esprit, d'une part, que la directive sur le commerce électronique ne concerne pas les matières fiscales, d'autre part, qu'il n'est pas nécessaire de supprimer les obstacles lorsque le contrat requiert l'intervention d'une autorité publique (art. 18 du projet de loi), ce qui est le cas pour la copie certifiée conforme, qui nécessite l'intervention d'un agent communal.

Malheureusement, tant que l'exigence de la copie certifiée conforme posée à l'article 10, § 3, AT, ne sera pas adaptée, il subsistera un obstacle important à la conclusion des contrats d'assurance par voie électronique.

Il conviendrait dès lors d'examiner d'urgence si cette exigence ne pourrait être supprimée, en l'espèce, dans le cas des déclarations signées électroniquement par le preneur. On songe, par exemple, à l'idée d'ajouter que l'assureur n'est pas tenu de fournir une copie certifiée conforme lorsque les déclarations du preneur ont été signées au moyen d'une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique au sens de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification.

Toutefois, une telle exception conduirait à priver l'Etat de certaines recettes, à l'occasion de la conclusion de contrats d'assurance par voie électronique.

2. Remise d'un ou de plusieurs exemplaires

23 VO

“§ 1er. Toute vente par un intermédiaire de voyages d'une prestation de voyage ou de séjour ou d'une autre prestation doit faire l'objet d'un contrat, sauf si elle porte uniquement sur des titres de transport.

L'intermédiaire de voyages doit remettre au voyageur un exemplaire du contrat.

14, § 1, CC

“...le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre remise ou adressée gratuitement en deux exemplaires au consommateur...”

L'exigence de fournir un document en plusieurs exemplaires ne constitue pas un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, puisque dans l'environnement numérique, on peut multiplier à l'infini les exemplaires d'un même document électronique (copies, impression...).

Il conviendra donc que le professionnel veille à ce que le consommateur dispose, sous forme électronique ou sous forme papier, d'un exemplaire du contrat.

J. Formalités relatives à la localisation

1. Domicile ou résidence du consommateur, ou son lieu de travail

9, al. 1, CC

“Il est interdit de faire parvenir au domicile ou à la résidence du consommateur, ou sur son lieu de travail, un moyen de crédit ou une offre de contracter, sauf s'il existe une demande expresse et préalable émanant du consommateur et que dans cette hypothèse l'offre est établie conformément aux dispositions des articles 14 à 16 de la présente loi”.

Rappelons que cette disposition n'impose pas de formalité au cours du processus contractuel, mais qu'elle interdit certaines pratiques promotionnelles intrusives dans le but de protéger le consommateur.

Qu'en est-il de cette interdiction en cas d'offre envoyée par courrier électronique ? Ce n'est pas le domicile, la résidence ou le lieu de travail qui sont visées, mais simplement sa boîte aux lettres électronique, qui ne se rattache à aucun lieu géographique déterminé ou prévisible. En effet, le consommateur a la possibilité de relever son courrier électronique n'importe où, non seulement chez lui ou sur son lieu de travail – hypothèse la plus fréquente – mais aussi en utilisant les services d'un cybercafé ou simplement son téléphone portable, grâce à l'UMTS. Certains prêteurs peu scrupuleux pourraient prétendre qu'il n'est pas interdit par la loi d'envoyer des offres de crédit par courrier électronique au consommateur.

Certes, il ne s'agit pas là d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique pour contracter (au contraire !). Mais une telle formulation paraît gênante, dans la mesure où l'on pourrait défendre l'idée que certains comportements interdits dans le monde "réel" pourraient être permis dans l'environnement numérique, au détriment du consommateur.

Toutefois, de manière générale, les publicités non sollicitées par courrier électronique sont désormais interdites par l'article 15 du projet de loi, si le destinataire de ces publicités n'a pas donné son consentement préalable. Il convient également de tenir compte de la directive européenne sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques²¹⁶, qui impose un système de *soft opt-in* en matière de publicités non sollicitées par courrier électronique. Dès lors, on pourrait considérer que ce problème sera résolu par la future réglementation en la matière.

On pourrait objecter que l'article 9 CC concerne l'envoi d'une offre, notion à distinguer clairement de la publicité. En effet, en droit, l'offre se définit comme une émission de volonté, claire, précise et non équivoque, qui porte sur tous les éléments essentiels et substantiels du contrat en manière telle qu'il suffit à son destinataire de l'accepter pour que le contrat soit conclu. A cet égard, toute publicité n'est pas forcément une offre. De son côté, une offre n'est pas nécessairement une publicité, par exemple si elle émane d'un particulier. Néanmoins, elle doit être considérée comme telle lorsqu'elle émane d'un professionnel agissant dans le cadre de ses activités. En effet, la notion de publicité est définie de manière large par le projet de loi comme *"toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée"* (art. 2, 7°, SSI). Dès lors, il nous semble qu'une offre émanant d'un professionnel du crédit, sans sollicitation préalable du destinataire, doit être considérée *a fortiori* comme une publicité (non sollicitée). Aussi, le régime de l'interdiction des publicités non sollicitées par courrier électronique nous semble pleinement applicable à l'envoi par courrier électronique de moyens de crédits ou d'offres de contracter un crédit.

2. Etablissement

55, 2, a, LPC

"Il est permis d'offrir conjointement, pour un prix global :

2. des produits ou des services identiques, à condition :

a) que chaque produit et chaque service puisse être acquis séparément à son prix habituel dans le même établissement"

3, al. 1, ARPBC

"Il ne peut être indiqué de prix différents pour des produits identiques offerts en vente dans un même établissement, faute de quoi le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas"

²¹⁶ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n° L 201, du 31 juillet 2002, p. 37.

57, 3, b, LPC

“Il est également permis d’offrir gratuitement, conjointement à un produit ou à un service principal :

3. des titres donnant exclusivement droit à une ristourne en espèces, à la condition :

a) qu’ils mentionnent la valeur en espèces qu’ils représentent ;

b) que, dans les établissements de vente de produits ou de fourniture de service, le taux ou l’importance de la ristourne offerte soit clairement indiqué, de même que les produits ou services dont l’acquisition donne droit à l’obtention de titres”

Un site web peut-il être considéré comme un établissement ? Par établissement, on entend généralement “l’ensemble des installations établies pour l’exploitation, le fonctionnement d’une entreprise, et, par extension, l’entreprise elle-même” (Petit Robert). Cette définition fait penser au lieu d’établissement du prestataire de service de la société de l’information, qui est le lieu où le prestataire “exerce une activité économique au moyen d’une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l’utilisation des moyens technologiques requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire” (art. 2, 3°, SSI). Si l’on s’en tient à ces termes, un site web se distingue de l’établissement du prestataire de services de la société de l’information.

Toutefois, en employant le terme “établissement”, on peut douter que le législateur ait eu à l’idée la notion d’établissement telle que définie au niveau européen par la directive, reprenant la jurisprudence de la Cour de justice²¹⁷. On y voit plutôt une référence au lieu où les produits ou services sont offerts en vente : magasin, boutique, bureau, comptoir... En effet, il importe au législateur que le consommateur puisse, s’il le désire, acheter séparément, dans le même magasin, des produits ou services qui y sont offerts conjointement (55, 2, a, LPC). De même, lorsque, dans un même magasin, un même produit ou service est offert à deux prix différents, le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas (3, al. 1, ARPBC). Ces deux situations (offre conjointe et offre à prix différents) peuvent se rencontrer sur un site web, et il importe de protéger le consommateur de la même manière. Dans cette perspective, un site web peut être assimilé à un magasin virtuel.

On doute cependant que la clause transversale puisse être appliquée à ces dispositions. Il ne s’agit pas en effet d’exigences de forme, mais d’une réglementation de l’offre. Toutefois, on peut y voir, dans le cas de l’article 55 LPC, un obstacle à la possibilité de faire des offres conjointes par voie électronique. Le Roi pourrait donc intervenir sur la base de l’article 17, § 3, pour préciser qu’un site web est assimilé à un établissement, au sens de cette disposition. Cette précision pourrait figurer à l’article 54 LPC, qui contient des dispositions générales concernant l’ensemble de la section relative aux offres conjointes.

Toutefois, en vertu du principe de neutralité technologique, il vaudrait mieux éviter d’introduire dans la loi les termes “site web” ou “site internet”. En effet, ces termes nous semblent trop précis et liés à une technologie particulière (le *world wide web*), avec le risque que la LPC se trouve rapidement inadaptée à l’évolution des technologies de l’information et de la communication. Il semblerait préférable d’employer une terminologie plus générale et plus neutre pour les offres conjointes électroniques.

Par contre, en ce qui concerne l’article 3, al. 1, ARPBC, une éventuelle intervention du Roi dans le cadre de l’article 17, § 3, est à écarter, étant donné qu’on ne peut pas considérer cette disposition comme faisant obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Si on

²¹⁷ Voy. l’arrêt du 25 juillet 1991, affaire *Factort*, C-221/89, *Rec.*, 1991, p. 1-3905, point 20.

envisageait une modification de cette disposition, ce serait davantage selon une politique de protection du consommateur sur les réseaux.

Il convient de noter que l'art. 62, 9, LPC, permet au Roi de prescrire des modalités particulières destinées à adapter les dispositions de la section "Offre conjointe de produits ou de services" aux titres visés à l'article 57, 3, présentés sous forme d'enregistrement électronique, qui donnent exclusivement droit à une ristourne en espèces. Profitant de cette délégation, on pourrait stipuler qu'un site internet peut être considéré comme un établissement au sens de cette disposition. Mais comme on l'a dit pour l'article 55, 2, a, LPC, une intervention du Roi dans le cadre de l'article 17, § 3, est également possible.

Afin de rendre les dispositions des articles 55 et 57 applicables aux sites web, l'article 54 pourrait dès lors compléter d'un 3^e alinéa, rédigé comme suit : "Pour l'application de la présente section, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un établissement".

3. Locaux

a) Ventes en liquidation

48, § 2, LPC

"Sauf dans les cas visés à l'article 46, 1 et 7, toute vente en liquidation doit avoir lieu dans les locaux où des produits identiques étaient habituellement mis en vente soit par le vendeur lui-même, soit par le vendeur défunt ou cédant.

Le vendeur qui estime être dans l'impossibilité de se conformer à cette disposition, est tenu de solliciter du Ministre ou du fonctionnaire désigné par lui à cet effet, une dérogation par lettre recommandée à la poste, en précisant les motifs invoqués ainsi que le lieu où il souhaite procéder à la liquidation. Il est statué sur cette demande dans les dix jours ouvrables. A défaut d'un refus motivé dans ce délai, la dérogation est censée avoir été accordée."

Il nous semble qu'un vendeur voulant faire une vente en liquidation sur un site web pourrait solliciter la délégation prévue par l'alinéa 2 de la présente disposition.

b) Ventes en solde

51, § 1^{er}, LPC

La vente doit avoir lieu dans les locaux où les produits soldés ou des produits identiques étaient habituellement mis en vente.

Cette disposition ne vise manifestement que les ventes en solde dans les magasins traditionnels. La disposition ne s'appliquerait donc pas au site web, qui ne peut être assimilé à un local. Il s'agit là d'un obstacle à la vente en solde sur les réseaux.

L'objectif du législateur, par cette disposition, est de permettre au consommateur de comparer les prix et de s'assurer qu'il s'agit de vraies soldes. Toutefois, cet objectif pourrait être atteint également dans l'hypothèse de ventes en solde sur internet, si l'on exige que la vente en solde ait lieu sur le site web où les produits étaient habituellement mis en vente.

Dès lors, afin de lever cet obstacle, le Roi pourrait intervenir sur base de l'article 17, § 3, pour préciser qu'un site web est assimilé à un local au sens de la disposition concernée. Afin d'employer une terminologie technologiquement neutre, les termes "site web" ou "site internet" devraient être évités.

On propose donc d'ajouter à l'article 51, § 1^{er}, un second alinéa rédigé comme suit : "Pour l'application de l'alinéa précédent, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un local".

4. Point de vente

64, 3, LPC

"Par dérogation aux articles 5, 42 et 43, il est permis de diffuser gratuitement des bons de valeur si ceux-ci mentionnent les conditions de l'offre, à savoir : (...)

3. les points de vente où ils peuvent être utilisés, à moins que le bon de valeur puisse être utilisé dans tous les points de vente où le produit ou le service est habituellement offert en vente"

A l'instar de ce qui a été dit pour l'article 55, 2, a, LPC, il nous semble que, dans cette hypothèse, la notion de point de vente pourrait être étendue à un site de commerce électronique, par l'ajout d'un alinéa précisant : "Pour l'application de la présente disposition, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un point de vente".

Etant donné qu'il s'agirait de lever un obstacle à la diffusion de bons de valeur électroniques, on pourrait intervenir par le biais de l'article 17, § 3.

5. A proximité du produit

2, § 1, ARPBC

“Le prix du produit offert en vente au consommateur doit être indiqué sur le produit lui-même ou sur son emballage.

Le prix du produit peut être indiqué à proximité immédiate de celui-ci lorsque aucun doute ne peut exister quant au produit auquel le prix se rapporte.”

9, al. 2, ARPBC

“Le prix à l'unité de mesure des produits vendus en vrac doit être indiqué à proximité desdits produits.”

Sur les réseaux, cette indication figure non pas à proximité du produit lui-même, mais d'une description ou d'une représentation (photo, image...) de celui-ci.

Toutefois, cet obstacle sera facilement levé par l'application de la clause transversale générale. En effet, cette disposition vise à informer correctement, de manière claire, précise et non équivoque, le consommateur sur le prix du produit à l'unité, afin qu'aucun doute ne puisse exister quant au produit auquel le prix se rapporte.

Il nous semble que la fonction de cette exigence de forme peut-être parfaitement préservée dans le monde virtuel.

6. Notification à la dernière adresse connue

14 Contrat-type ARRC

“Les communications et notifications au preneur d'assurance doivent être faites à la dernière adresse connue par la compagnie”

Il est évident que la disposition concernée a été envisagée par le législateur dans la seule optique des notifications et communications faites à l'adresse géographique du preneur. Il s'agirait donc d'un obstacle au déroulement du processus contractuel par voie électronique.

Certes, on pourrait, par l'application de la clause transversale générale, considérer que la notion d'adresse peut s'appliquer également aux adresses de courrier électronique. Toutefois, une telle assimilation est loin de résoudre le problème et soulève encore de nombreuses interrogations.

A ce sujet l'UPEA fait observer : “Comment interpréter la notion de ‘dernière adresse connue’ lorsqu’on dispose à la fois d’une adresse physique et d’une adresse virtuelle. Si la connaissance des deux adresses remonte à la même date, on pourrait dire qu’il est autorisé d’utiliser indifféremment l’une ou l’autre. Si, par contre, ce n’est pas le cas, se pose la question de savoir si l’on est obligé d’utiliser la dernière dont on a eu connaissance ou bien si, au contraire, la notion de ‘dernière adresse connue’ doit s’appliquer à chaque type d’adresse, ce qui revient à dire que l’on a une dernière adresse connue ‘physique’ et une autre ‘virtuelle’ et que le choix demeure entier entre ces deux adresses.”

Au regard de ces incertitudes, il semble nécessaire de procéder à une modification de la loi-type, afin de permettre ouvertement les notifications et communications par courrier électronique, à condition d'avoir obtenu l'accord du preneur, qui communiquerait à l'assureur l'adresse e-mail à laquelle il accepte d'être contacté.

L'article 14 du contrat-type pourrait ainsi être complété d'un troisième alinéa, rédigé comme suit : "Les communications et notifications visées à l'alinéa précédent peuvent être faites par courrier électronique, avec l'accord du preneur, à l'adresse indiquée par celui-ci".

7. Région linguistique où les produits ou les services sont mis sur le marché

13, al. 1, LPC

"Les mentions qui font l'objet de l'étiquetage et qui sont rendues obligatoires par la présente loi, par ses arrêtés d'exécution et par les arrêtés d'exécution visés à l'article 122, alinéa 2, les modes d'emploi et les bulletins de garantie sont au moins libellés dans la langue ou les langues de la région linguistique où les produits ou les services sont mis sur le marché."

La LPC étant considérée comme une loi de police, une telle disposition s'applique à tout prestataire établi dans un autre état membre et qui fournit des produits et des services sur le marché belge.

Indépendamment de considérations de droit international privé, cette disposition ne soulève aucun obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, il s'agit d'exigences relatives à la langue dans laquelle les mentions requises par la LPC doivent être libellées. Une telle exigence est totalement indépendante du procédé utilisé pour contracter, qu'il s'agisse de vendre des produits sur internet, par correspondance ou dans un magasin.

K. Formalités relatives à la présence des parties

7,1, LPC

“Pour l’application de la présente section [Indication des quantités], il faut entendre par :

1. Produits vendus en vrac : les produits qui ne sont mesurés ou pesés qu’en présence de l’acheteur ou par celui-ci”

10, al. 2, LPC

“Sans préjudice de l’application de l’article 37, § 2, pour les produits vendus en vrac qui sont pesés ou mesurés en présence du consommateur ou par celui-ci, il n’y a pas lieu d’indiquer la quantité.”

Dans le langage courant, vendre des produits en vrac signifie les vendre au poids. Par contre, en vertu de la définition donnée par l’article 7, 1, LPC, ne sont considérés comme vendus en vrac que les produits qui sont “mesurés ou pesés en présence de l’acheteur ou par celui-ci”. Or, si le consommateur achète en vrac des produits sur les réseaux²¹⁸ en sélectionnant la quantité qu’il souhaite acheter, le produit est pesé hors de sa présence avant de lui être envoyé. Au regard de cette définition, cette pratique échappe aux dispositions de la LPC relatives à la vente en vrac de produits. Quelles en sont les conséquences ?

Cette définition détermine le champ d’application des dispositions de la LPC et de l’ARPBC relatives aux produits vendus en vrac. En l’occurrence, ces dispositions stipulent que :

- le vendeur est dispensé d’indiquer la quantité pour les produits vendus en vrac (10, al. 2, LPC) ;
- *“les indications fournies par les instruments de mesure utilisés pour déterminer les quantités des produits vendus en vrac doivent être bien lisibles et apparentes pour le consommateur”* (11 LPC) ;
- seul le prix à l’unité de mesure doit être indiqué pour ces produits (7 ARPBC) alors que pour les autres produits il faut en outre indiquer le prix de vente ;
- le prix à l’unité de mesure doit être indiqué à proximité des produits vendus en vrac (9 ARPBC), alors que pour les autres produits il doit être indiqué à proximité immédiate de l’indication du prix de vente (ce dernier devant lui-même être indiqué à proximité immédiate du produit ou sur le produit lui-même ou son emballage).

Ainsi, si la vente de produits en vrac sur les réseaux n’est pas considérée comme une vente en vrac par la LPC, le vendeur perd le bénéfice des dispositions ci-dessus, spécialement adaptées à ce type de vente, et serait donc soumis aux dispositions générales de la LPC et de l’ARPBC relatives à l’indication du prix et du produit. Il se verrait ainsi imposer des obligations totalement inadaptées à la situation, telle celle d’indiquer la quantité des produits en vrac... ce qui est absurde. S’agit-il pour autant d’un obstacle à la vente de produits en vrac sur les réseaux ? En tout état de cause, la situation du vendeur de produits en vrac sur les réseaux ne sera pas confortable.

Afin de lever cette incohérence, source d’insécurité pour le vendeur sur les réseaux, une modification de la définition de “produits vendus en vrac” serait envisageable. Ainsi, on

²¹⁸ Il existe en effet des sites où l’on peut acheter en vrac du thé, du café, des épices, etc.

pourrait recourir à une définition générale, ayant vocation à couvrir toute vente de produits en vrac, à distance ou non : “*Produits vendus en vrac : les produits qui ne sont mesurés ou pesés qu’en présence de l’acheteur ou par celui-ci ou encore à sa demande*”. Notons qu’il faudrait alors modifier également l’article 10, al. 2, LPC, qui est redondant par rapport à l’article 7, 1).

Par ailleurs, même si l’on procède à une adaptation de la définition de produits vendus en vrac, l’application de certaines des dispositions susmentionnées aux produits vendus en vrac sur les réseaux pourrait encore poser problème.

En effet, lors de la vente de produits en vrac sur les réseaux, l’instrument de mesure n’est pas utilisé devant ou par le consommateur, comme le requiert l’article 11 LPC. Le consommateur choisit la quantité qu’il désire, le produit est pesé en son absence par des instruments de mesure, puis lui est livré. Dans cette hypothèse, l’approche fonctionnelle n’est d’aucun secours. On se demande s’il ne vaudrait pas mieux prévoir une exception à l’exigence de l’article 11 pour les produits vendus en vrac dans le cadre d’un contrat à distance, tel que visé à l’article 77 de la LPC.

Quant à l’article 9 ARPBC, nous avons déjà démontré que l’obstacle qu’il contenait pouvait être levé par l’application de la clause transversale générale (*supra*, point J).

L. Examen de certains termes ou expressions

1. Cachet

4.9 ARVAN

“Tout document émanant du constructeur, mentionnant les caractéristiques du véhicule commandé, portant le cachet ou la signature du vendeur, et joint au bon de commande, est réputé faire partie du bon de commande auquel il est joint.”

En l'espèce, la disposition envisage l'utilisation d'un cachet *ou* d'une signature. Si un document électronique ne porte pas la signature électronique du vendeur, il n'y a guère d'autre moyen de s'assurer qu'il émane bien de ce dernier. Il n'y a pas là d'obstacle à la conclusion du contrat par voie électronique, puisqu'il est en tout cas possible d'utiliser la signature électronique, en vertu de la disposition transversale relative à l'exigence d'une signature.

2. Délivrer, remettre, remise

14, § 2, CC

“La remise d'une offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle comporte pendant une durée minimale de quinze jours à dater de sa remise au consommateur”

15 CC

“Le prêteur ne peut délivrer d'offre de crédit que si...”

etc.

Les verbes “délivrer” et “remettre” signifient donner quelque chose à quelqu'un, le mettre en possession de quelque chose. L'usage de ces termes ne signifie donc pas forcément que les parties doivent être en présence l'une de l'autre et que la chose doit être remise en main propre.

3. Frais postaux

27bis, § 2, 4° tiret, CC

“En cas de simple retard de paiement, qui n'entraîne ni la résolution du contrat, ni la déchéance du terme, aucun paiement autre que ceux indiqués ci-dessous ne peut être réclamé au consommateur : (...)

- les frais convenus de lettres de rappel et de mise en demeure, à concurrence d'un envoi par mois. Ces frais se composent d'un montant forfaitaire maximum de 7,50 EUR augmenté des frais postaux en vigueur au moment de l'envoi...”

On se demande si le prêteur pourrait réclamer au consommateur les frais d'envoi par recommandé électronique. En tout état de cause, il ne s'agit pas d'une formalité constitutive d'un obstacle.

4. Mise en page du texte

79, § 1, al. 1, 2° et 3°, LPC

“§ 1er. Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants : (...)

2° le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page (...)

3° en cas d'absence de droit de renonciation, dans les hypothèses prévues à l'article 80, § 4, la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page (...)”

6, § 1, 6°, CM

“Le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner à peine de nullité :

6° la clause de renonciation suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page ‘Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat, le client a le droit de renoncer sans frais ni indemnité au contrat à condition d'en prévenir l'entreprise de courtage matrimonial par lettre recommandée à la poste’.”

14, § 4, CC

“L'offre de crédit comprend également sous la forme d'alinéas séparés et en caractère gras d'un type différent : 1° la mention (...)”

7, § 1^{er}, in fine, TS

“Sous peine de nullité, le contrat doit mentionner en caractère gras dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page, le texte des articles 9 et 10”

3, 13°, ARVAN

“Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...)

13° la mention rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que ‘la vente est conclue aux conditions figurant au verso que l'acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu un exemplaire’.”

4 ARVAN

“Le verso du [bon de commande] mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible (...)”

De nombreuses dispositions exigent l'indication de mentions à des fins d'information. Ces mentions revêtant une importance particulière, le législateur précise souvent sous quelle forme elles doivent être présentées : “en caractères gras”, “en caractères d'un type différent”, “dans un cadre distinct du reste du texte”, “sous forme d'alinéas séparés”...

De telles exigences ne soulèvent pas de difficultés dans l'environnement numérique, où les documents peuvent être présentés sous toutes ces formes grâce aux logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration. Il n'y a donc là aucun obstacle.

5. Recto d'un document

7, § 1, al. 3, TS

“Sous peine de nullité, le contrat doit mentionner en caractères gras dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page, le texte des articles 9 et 10.”

6, § 1, 6°, CM

“Le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner à peine de nullité :

6° la clause de renonciation suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page ‘Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat, le client a le droit de renoncer sans frais ni indemnité au contrat à condition d'en prévenir l'entreprise de courtage matrimonial par lettre recommandée à la poste’.”

3 ARVAN

“Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...)

On exige qu'une mention apparaisse au recto d'une page, d'un contrat ou d'un bon de commande, parce que c'est le côté principal du document, sur lequel figurent toutes les informations importantes relatives au contrat, telles que la description du produit ou du service acheté, le prix, les modalités de paiement, etc. C'est donc l'endroit idéal pour s'assurer qu'une information particulièrement importante concernant les droits du consommateur soit portée à sa connaissance.

Or, dans l'environnement numérique, dématérialisé par nature, il n'y a ni recto, ni verso. Ou plutôt, il n'y a qu'un recto à tout document électronique, et jamais de verso. En effet, il n'a qu'une seule “face” : celle qui apparaît à l'écran. Ce n'est que lorsqu'il est imprimé que les notions de recto et de verso refont surface (quoique la plupart du temps, l'impression se fait uniquement au recto de la feuille). Dès lors, l'exigence d'indiquer une mention particulière au recto d'un document est toujours rencontrée par voie électronique.

6. Verso d'un document

3, 13°, ARVAN

“Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...)

13° la mention rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que ‘la vente est conclue aux conditions figurant au verso que l’acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu un exemplaire”.

4 ARVAN

“Le verso du [bon de commande] mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible.”

La question est plus problématique lorsqu’il s’agit du verso, puisqu’il n’existe pas dans un document électronique.

En l’espèce, cette disposition tient compte de l’habitude en matière commerciale qui consiste à faire figurer les conditions générales au verso du bon de commande, du bon de livraison, de la facture ou du contrat.

La fonction de cette formalité est simplement de permettre au consommateur de prendre facilement et directement connaissance des conditions générales et de joindre celles-ci aux autres éléments du contrat.

Une solution acceptable aux yeux de la clause transversale générale serait dès lors de les faire figurer tout simplement à la suite du bon de commande, sur le même document électronique.

Notons qu’il convient ici de faire en outre application de l’article 9, § 2, du projet de loi, qui précise que *“les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l’être d’une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire”.*

Néanmoins, si la clause transversale générale permet d’interpréter de manière fonctionnelle cette exigence, la mention devant figurer dans le bon de commande en vertu de l’article 3, 13°, s’avère totalement incohérente en cas de bon de commande électronique. C’est pourquoi il semble nécessaire de procéder à une adaptation de cette mention obligatoire.

L’article 3, 13°, ARVAN pourrait dès lors être complété comme suit : *“Lorsque le bon de commande se présente sous forme électronique, il mentionne, en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que « la vente est conclue aux conditions ci-après, que l’acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu copie »”.*

L’article 4 ARVAN pourrait être également modifié, afin que les conditions générales soient présentées : *“Lorsque le bon de commande se présente sous forme électronique, il mentionne les conditions générales de vente dans le bon de commande, d’une manière permettant à l’acheteur d’en prendre facilement et directement connaissance, de les conserver et de les reproduire”.*

III. PROPOSITION DE MODIFICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DE LA COMPÉTENCE DU MINISTRE DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

En présence d'une disposition susceptible de constituer un obstacle non levé par les clauses transversales, une proposition d'adaptation de la disposition concernée est formulée, dans le cadre de l'article 17, § 3, du projet de loi (A).

Par ailleurs, l'examen de ces dispositions nous a également permis de relever des textes qui, sans constituer un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, se révèlent inadaptés au commerce électronique. Le consommateur pourrait dès lors être moins bien protégé sur les réseaux que dans les relations commerciales "traditionnelles". Aussi, nous formulons également certaines recommandations en vue de renforcer la protection du consommateur en matière de commerce électronique (B).

A. Modifications envisageables dans le cadre de l'article 17, § 3

7,1, LPC

"Pour l'application de la présente section, il faut entendre par :

*1. Produits vendus en vrac : les produits qui ne sont mesurés ou pesés qu'en présence de l'acheteur ou par celui-ci **ou encore à sa demande** "*

10, al. 2, LPC

"Sans préjudice de l'application de l'article 37, § 2, pour les produits vendus en vrac ~~qui sont pesés ou mesurés en présence du consommateur ou par celui-ci~~, il n'y a pas lieu d'indiquer la quantité."

11 LPC

"Les indications fournies par les instruments de mesure utilisés pour déterminer les quantités des produits vendus en vrac doivent être bien lisibles et apparentes pour le consommateur".

il conviendrait d'ajouter l'alinéa suivant :

"L'alinéa précédent n'est pas applicable aux produits vendus en vrac à l'aide d'une technique de communication à distance visée à l'article 77".

51, § 1^{er}, LPC

Ajout d'un 2^e alinéa :

"Pour l'application de l'alinéa précédent, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un local".

54 LPC

Ajout d'un 3^e alinéa :

"Pour l'application de la présente section, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un établissement "

64, 3, LPC

"Par dérogation aux articles 5, 42 et 43, il est permis de diffuser gratuitement des bons de valeur si ceux-ci mentionnent les conditions de l'offre, à savoir : (...)

3. les points de vente où ils peuvent être utilisés, à moins que le bon de valeur puisse être utilisé dans tous les points de vente où le produit ou le service est habituellement offert en vente”

Ajout d’un alinéa 2 :

“Pour l’application de la présente disposition, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un point de vente”.

77, § 1er, LPC

Ajout d’une définition dans un point 5° :

“5° support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d’une manière permettant de s’y reporter aisément à l’avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l’identique des informations stockées”.

79, § 1, al. 1, LPC

“Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants (...)”

devrait être remplacé comme suit :

“Le consommateur doit recevoir par écrit et sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants (...)”

79, § 1^{er}, LPC

§ 1er. Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants :

1° confirmation des informations mentionnées à l'article 78, 1°, 3° à 6° et 10°, ainsi que l'identification du produit ou du service;

2° le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page :

"Le consommateur a le droit de notifier au vendeur qu'il renonce à l'achat, sans pénalités et sans indication de motif, dans les... jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison du produit ou de la conclusion du contrat de service."

Cette clause est complétée du nombre de jours ouvrables, lequel ne peut être inférieur à sept. En cas d'omission de cette dernière clause, dans les conditions visées au § 2, le produit ou le service est réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le produit ou le service ni de le restituer;

3° en cas d'absence de droit de renonciation, dans les hypothèses prévues à l'article 80, § 4, la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page :

" Le consommateur ne dispose pas du droit de renoncer à l'achat. ";

4° l'adresse géographique de l'établissement du vendeur où le consommateur peut présenter ses réclamations;

5° les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants;

6° les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

Ajout d'un 2^e alinéa libellé comme suit :

Pour l'application des points 2^o et 3^o, en cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, la clause requise doit apparaître de manière immédiatement perceptible par le consommateur.

6, § 1, 6^o, CM

“Le contrat écrit engageant l'entreprise de courtage matrimonial et le client doit mentionner à peine de nullité :

*6^o la clause de renonciation suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page ‘Dans les sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat, le client a le droit de renoncer sans frais ni indemnité au contrat à condition d'en prévenir l'entreprise de courtage matrimonial par lettre recommandée à la poste’. **En cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, cette clause de renonciation doit apparaître dans le contrat de manière immédiatement perceptible par le client.***”

2 TEF

Ajout d'une définition dans un point 6^o:

“6^o support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées”.

4, § 1er, al. 2, TEF

“Avant la conclusion du contrat relatif à la mise à la disposition et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds, l'émetteur communique au titulaire les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds.

*Les conditions sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ~~ou~~ **et** sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès.”*

5, § 1er, TEF

*“L'émetteur fournit périodiquement au titulaire des informations relatives aux opérations réalisées grâce à l'instrument de transfert électronique de fonds, de façon à lui permettre de suivre raisonnablement l'état de ses dépenses. Les informations sont présentées de manière claire et non équivoque, par écrit ~~ou~~ **et** sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel il a accès.”*

5, § 4, TEF

*“Par dérogation aux dispositions de l'article 32, 9, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, l'émetteur qui se réserve la faculté de modifier unilatéralement un contrat à durée indéterminée, doit informer individuellement le titulaire de toute modification des conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation de l'instrument de transfert électronique de fonds. Cette information doit se faire par écrit ~~ou~~ **et** sur un support durable à la disposition du titulaire et auquel celui-ci a accès, et doit avoir lieu au moins deux mois avant la mise en application de la modification concernée.”*

1 VO

Ajout d'une définition, dans un point 6° :

“support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées”.

10, § 1, 14°, VO

“§ 1. Le bon de commande et le contrat de voyage mentionnent au moins : (...)

14° les conditions d'une assurance-annulation, d'une assurance-assistance, et/ou de toute autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance ou l'indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations, à condition que celle-ci soit mise à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès.”

10, § 3, VO

“§ 3. Dans la mesure où les indications prévues aux §§ 1er et 2 figurent totalement ou partiellement dans un programme, une brochure de voyages mise à la disposition du voyageur ou le bon de commande, le contrat de voyage pourra contenir une simple référence à ce programme, cette brochure de voyages ou ce bon de commande, à condition qu'ils soient mis à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès; toute modification du programme ou de la brochure de voyages devra être mentionnée dans le contrat de voyage.”

23, § 2, 14°, VO

“Ce contrat mentionne au moins :

14° les conditions d'une assurance annulation, d'une assurance-assistance et ou d'une autre assurance, ainsi que le nom et l'adresse de la compagnie d'assurance ou l'indication précise de la page de la brochure où figurent ces informations, à condition que celle-ci soit mise à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès .”

23, § 3, al. 2, VO

“Dans la mesure où ces indications figurent totalement ou partiellement dans un programme, une brochure de voyages mise à la disposition du voyageur ou le bon de commande, le contrat pourra contenir une simple référence à ce programme, cette brochure de voyages ou ce bon de commande, à condition qu'ils soient mis à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès; toute modification devra être mentionnée dans le contrat.”

2 TS

Ajout d'une définition, dans un point 9° :

“support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées”.

5 TS

*“Lors de toute offre d'un contrat ou à la demande de tout consommateur intéressé, le vendeur est tenu de remettre gratuitement, **sur un support durable** et avant la conclusion du contrat, un prospectus contenant des indications précises sur les éléments suivants. (...)”*

14, § 1, ARPBC

“§ 1. Le prix des services homogènes doit être indiqué au moyen d'un tarif apposé d'une manière apparente à un endroit nettement visible de l'extérieur de l'établissement, du local, de l'échoppe ou du véhicule où les services sont offerts en vente.

§ 2. Toutefois, pour les magasins à rayons multiples, le tarif doit au moins être apposé de manière apparente à l'entrée du département ou au rayon concerné.

§ 3. Lors d'une offre en vente à la résidence du consommateur, à la résidence d'une personne physique autre que l'acheteur, ou au lieu de travail du consommateur, le tarif des services offerts en vente doit être mis à la disposition du consommateur”

Il conviendrait d'ajouter un § 4, libellé comme suit :

“§ 4. La présente disposition ne s'applique pas à l'offre en vente à distance visée à l'article 77 de la LPC”.

14 Contrat-type ARRC

“Les communications et notifications au preneur d'assurance doivent être faites à la dernière adresse connue par la compagnie.

Il conviendrait d'ajouter un 3^e alinéa :

“Les communications et notifications visées à l'alinéa précédent peuvent être faites par courrier électronique, avec l'accord du preneur, à l'adresse indiquée par celui-ci”.

3, 13°, ARVAN

“Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...)

13° la mention rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que ‘la vente est conclue aux conditions figurant au verso que l'acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu un exemplaire. Lorsque le bon de commande se présente sous forme électronique, il mentionne, en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que « la vente est conclue aux conditions ci-après, que l'acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu copie » ;”.

4 ARVAN

“Le verso du [bon de commande] mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible. Lorsque ce document se présente sous forme électronique, il mentionne les conditions générales de vente, d'une manière permettant à l'acheteur d'en prendre facilement et directement connaissance, de les conserver et de les reproduire”.

B. Modifications suggérées hors du cadre de l'article 17, § 3

1. Abrogation de l'arrêté royal du 6 septembre 1993 portant des modalités particulières pour la vente à distance de certains produits ou catégories de produits

Cet AR est obsolète depuis l'adoption de la loi du 25 mai 1999 modifiant la section "contrats à distance" de la LPC.

2. Modification en vue d'améliorer la protection du consommateur sur les réseaux

1 ARSFH

Ajout des alinéas 3 et 4 :

"Lorsque l'offre est faite sous forme électronique, les tarifs, à l'exception de celui relatif au service visé au point V de l'annexe du présent arrêté, doivent être fournis sur un support durable, à la disposition du consommateur et auquel il a accès.

Par support durable, il faut entendre tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées"

7 ARCO2

"L'ensemble de la documentation promotionnelle et l'autre matériel promotionnel doit contenir les données relatives à la consommation officielle de carburant et aux émissions spécifiques officielles de CO2 des modèles de voitures particulières auxquels il se rapporte, conformément aux exigences de l'annexe IV.

Il indique en outre que le guide de la consommation de carburant peut être consulté par le consommateur par voie électronique, sur le site <http://environnement.fgov.be>"

104, 3, LPC

"Sont punis d'une amende de 1.000 à 20.000 euros : (...)

3. ceux qui, volontairement en personne ou par personne interposée, suppriment, dissimulent ou lacèrent totalement ou partiellement les affiches apposées en application des articles 99 et 108."

le point 3 devrait être remplacé comme suit :

"3. ceux qui, volontairement en personne ou par personne interposée, suppriment, dissimulent ou **altèrent** totalement ou partiellement **la publication du jugement ordonnée** en application des articles 99 et 108"

3, al. 1, ARPBC

"Il ne peut être indiqué de prix différents pour des produits identiques offerts en vente dans un même établissement, faute de quoi le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas"

Ajout d'un alinéa :

"Pour l'application de la présente disposition, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un établissement"

3. Modifications ayant pour but de mettre certaines dispositions en cohérence par rapport à la notion d'écrit envisagée dans le projet de loi

4 ARSFH

“L'indication des tarifs peut figurer sur n'importe quel support ~~matériel~~. Elle peut être reproduite sur différents supports pour autant que les tarifs relatifs à un service financier déterminé demeurent groupés sur un même support.”

3 ARIFV

“Les articles 22, 23, 1° à 10° et 12°, 28 et 30 a 36 de la loi, à l'exception de l'article 32, points 7, 12 et 13, sont applicables à toute publication, tout document et toute publicité, diffusés par écrit ~~ou au moyen de tout autre support~~, portant sur l'émission publique ou l'offre en vente en Belgique de parts ou de titres d'un organisme de placement collectif ou de certificats immobiliers.”

6 ARDPC

“La demande de renseignements visée à l'article 69, § 4, alinéa 3, de la loi est introduite au moyen d'une technique de téléprocessing, sur support magnétique, par écrit ou par tout moyen permettant de garantir le respect des principes contenus à l'article 69, § 4 et § 6, de la loi.”

pourrait être remplacé comme suit :

“La demande de renseignements visée à l'article 69, § 4, alinéa 3, de la loi est introduite par écrit, par tout moyen permettant de garantir le respect des principes contenus à l'article 69, § 4 et § 6, de la loi”.

PARTIE III.

ARRÊTÉ ROYAL PORTANT ADAPTATION DE DIVERSES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES CONSTITUANT UN OBSTACLE À LA CONCLUSION DE CONTRATS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

ARRÊTÉ ROYAL portant adaptation de diverses dispositions législatives et réglementaires constituant un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique

A. RAPPORT AU ROI

Sire,

L'article 9, § 1^{er}, de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") impose aux Etats membres de veiller "à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique" et "notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique".

A cette fin, les Etats membres doivent procéder à une adaptation de leur législation contenant des exigences, notamment de forme, susceptibles d'entraver directement ou indirectement la conclusion de contrats par voie électronique. Le considérant n° 34 de la directive précise que cet ajustement doit être opéré par un examen systématique de la législation relative à l'ensemble du processus contractuel. Ainsi, les Etats membres doivent, notamment, supprimer les dispositions qui limitent manifestement l'utilisation de la voie électronique pour contracter et adapter les exigences de forme qui ne peuvent être remplies par voie électronique ou qui créent une insécurité juridique dans la mesure où il n'est pas certain qu'elles puissent être appliquées aux contrats conclus par voie électronique.

L'article 17 de la loi du... sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après « la loi ») vise à transposer l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. L'approche suivie consiste à combiner l'adoption de plusieurs clauses transversales, générale et particulières, concernant les formalités les plus classiques (art. 17, §§ 1^{er} et 2), et une délégation au Roi pour adapter, au cas par cas, toute disposition législative ou réglementaire où subsisterait un obstacle non visé par l'une des clauses transversales (art. 17, § 3).

L'arrêté qui est soumis à Votre signature vise à exécuter l'article 17, § 3, de la loi, en vue d'adapter les dispositions législatives et réglementaires de la compétence du Ministre des Affaires économiques.

Commentaire des articles

Article 1^{er}. La présente disposition prévoit la possibilité d'utiliser un service de recommandé électronique, fourni éventuellement par un prestataire autre que La Poste, dans les cas où un texte légal ou réglementaire prévoit la formalité de la lettre recommandée à *La Poste*.

Art. 2 à 4. Ces dispositions visent à modifier les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après « LPC ») relatives à la vente de produits en vrac.

Dans le langage courant, vendre des produits en vrac signifie les vendre au poids. Par contre, en vertu de la définition donnée par l'article 7, 1, LPC, ne sont considérés comme vendus en vrac que les produits qui sont "mesurés ou pesés en présence de l'acheteur ou par celui-ci".

Or, si le consommateur achète en vrac des produits sur les réseaux en sélectionnant la quantité qu'il souhaite acheter, le produit est pesé hors de sa présence avant de lui être envoyé. Au regard de cette définition, une telle pratique échappe aux dispositions relatives à la vente en vrac de produits, figurant dans la LPC et dans l'arrêté royal du 30 juin 1996 relatif à l'indication du prix des produits et des services et au bon de commande (ci-après « ARPBC »), à savoir, notamment, l'article 10, al. 2, LPC, qui dispose que "*Sans préjudice de l'application de l'article 37, § 2, pour les produits vendus en vrac qui sont pesés ou mesurés en présence du consommateur ou par celui-ci, il n'y a pas lieu d'indiquer la quantité*", ainsi que l'article 11 LPC, qui dispose que "*les indications fournies par les instruments de mesure utilisés pour déterminer les quantités des produits vendus en vrac doivent être bien lisibles et apparentes pour le consommateur*".

Ainsi, si la vente de produits en vrac sur les réseaux n'est pas considérée comme une vente en vrac par la LPC, le vendeur perd le bénéfice des dispositions ci-dessus, spécialement adaptées à ce type de vente, et serait donc soumis aux dispositions générales de la LPC et de l'ARPBC relatives à l'indication du prix et du produit. Il se verrait ainsi imposer des obligations totalement inadaptées à la situation, telle celle d'indiquer la quantité des produits en vrac.

Afin de lever cette incohérence, source d'insécurité pour le vendeur sur les réseaux, l'article 2 du présent arrêté royal modifie la définition de "produits vendus en vrac", en précisant que sont considérés comme vendus en vrac "*les produits qui ne sont mesurés ou pesés qu'en présence de l'acheteur ou par celui-ci ou encore à sa demande*". L'article 3 de l'arrêté royal modifie en conséquence l'article 10, al. 2, LPC, qui est redondant par rapport à l'article 7, 1.

Par ailleurs, une adaptation de l'article 11 LPC s'avère nécessaire. En effet, lors de la vente de produits en vrac sur les réseaux, l'instrument de mesure n'est pas utilisé devant ou par le consommateur, comme le requiert l'article 11 LPC. Le consommateur choisit la quantité qu'il désire, le produit est pesé en son absence par des instruments de mesure, puis lui est livré. C'est pourquoi l'article 4 du présent arrêté prévoit une exception à l'exigence de l'article 11 pour les produits vendus en vrac dans le cadre d'un contrat à distance, tel que visé à l'article 77 de la LPC.

Art. 5. L'article 51, § 1^{er}, de la LPC dispose que les ventes en solde doivent avoir lieu "*dans les locaux où les produits soldés ou des produits identiques étaient habituellement mis en vente*". Cette disposition ne vise manifestement que les ventes en solde dans les magasins traditionnels. La disposition ne s'appliquerait donc pas au site web, qui ne peut être assimilé à un local. Il s'agit là d'un obstacle à la vente en solde sur les réseaux.

L'objectif du législateur, par cette disposition, est de permettre au consommateur de comparer les prix et de s'assurer qu'il s'agit de vraies soldes. Toutefois, cet objectif pourrait être atteint également dans l'hypothèse de ventes en solde sur internet, si l'on exige que la vente en solde ait lieu sur le site web où les produits étaient habituellement mis en vente.

Dès lors, afin de lever cet obstacle, le présent article précise qu'un site web est assimilé à un local au sens de la disposition concernée. Toutefois, en vertu du principe de neutralité technologique, les termes "site web" ou "site internet" n'ont pas été introduits dans la loi,

étant liés à une technologie particulière (le *world wide web*), avec le risque que la LPC se trouve rapidement inadaptée à l'évolution des technologies de l'information et de la communication. C'est pourquoi il est fait référence à un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques.

Art. 6. Les articles 55, 2, a, et 57, 3, b, de la LPC, figurant dans la section relative aux offres conjointes, font référence à la notion d'établissement, envisagé par le législateur comme le lieu où les produits ou services sont offerts en vente : magasin, boutique, bureau, comptoir... En effet, il importe au législateur que le consommateur puisse, s'il le désire, acheter séparément, dans le même magasin, des produits ou services qui y sont offerts conjointement (55, 2, a, LPC), ou utiliser des titres donnant droit à une ristourne en espèces (57, 3, b, LPC). Ces situations peuvent se rencontrer sur un site web, que l'on doit pouvoir assimiler à un magasin virtuel.

Néanmoins, la clause transversale générale de l'article 17, § 1^{er}, du projet de loi pourrait difficilement être appliquée à ces dispositions. Il ne s'agit en effet pas d'exigences de forme, mais d'une réglementation de l'offre. Toutefois, on peut y voir, un obstacle à la possibilité de faire des offres conjointes par voie électronique et à l'utilisation de titres électroniques permettant de bénéficier d'une ristourne en espèces. Afin de lever cet obstacle, le présent article modifie l'article 54 de la LPC, qui contient des dispositions générales concernant l'ensemble de la section relative aux offres conjointes, afin de préciser qu'un site web est assimilé à un établissement, pour l'ensemble de la section. Toutefois, pour employer une terminologie neutre d'un point de vue technologique, les termes "site web" ou "site internet" ont été évités, au profit des termes "point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques".

Art. 7. Voir le commentaire des articles 5 et 6.

Art. 8 et 9. L'article 79, § 1^{er}, de la LPC dispose que "*le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès*" un certain nombre d'informations.

Comme le précise l'article 17, § 2, 1^{er} tiret, de la loi, l'écrit n'est pas un support, mais "*une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*". Or, l'expression employée par l'article 79 de la LPC sous-entend, à tort, que l'écrit est un support parmi d'autres, confondant l'écrit avec l'*écrit sur papier*. En outre, elle semble laisser le choix entre un écrit *ou* un support, alors qu'en tout état de cause, quel que soit le support, on n'échappe pas à l'écriture.

En réalité, à travers l'expression "par écrit ou sur un autre support durable", le législateur impose deux exigences : d'une part, il faut un écrit, d'autre part, ces informations doivent être fournies au consommateur sur un support durable, à sa disposition et auquel il a accès.

Dès lors, le support durable n'est pas un équivalent de l'écrit, mais une exigence additionnelle par rapport à l'écrit. Dans un souci de cohérence, l'article 9 remplace l'expression "*ou sur un autre support durable*" par "*et sur un support durable*".

Il convient de souligner que jusqu'à présent, la notion de support durable n'était pas définie en droit belge. La loi ne fournissait aucun critère permettant d'estimer qu'un support est durable : combien de temps les informations doivent-elles être accessibles ? le support doit-il garantir l'inaltérabilité de son contenu ? Ces interrogations constituaient une insécurité juridique pour les acteurs du commerce électronique, et, partant, un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

En effet, selon une interprétation stricte, un juge aurait pu, par exemple, considérer qu'un courrier électronique non signé numériquement n'est pas un support durable, dans la mesure où son contenu peut être plus ou moins facilement modifié. On pouvait également se demander, en l'absence de définition, si un professionnel fournissant l'information sur son site web se conformait à son obligation d'information sur support durable.

Or, dans le cas des contrats à distance, la LPC sanctionne sévèrement le non-respect de l'obligation de confirmation des informations sur un support durable, par la prolongation du délai de renonciation (art. 80, § 2, LPC), voire dans certains cas par l'assimilation de la vente à un achat forcé, avec pour conséquence que le consommateur peut garder le produit sans en payer le prix (art. 79, § 1^{er}, 2^o, *in fine*, LPC).

Afin de supprimer les incertitudes entourant la notion de support durable, l'article 8 de l'arrêté ajoute à l'article 77 de la LPC une définition du support durable, entendu comme *"tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées"*. Cette définition est reprise de la future directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

Il ne s'agit pas d'ajouter une disposition de fond, mais de lever un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, en apportant des éclaircissements indispensables autour de cette notion indéfinie, afin de garantir aux acteurs des réseaux une certaine sécurité juridique.

Comme le précise le considérant n° 20 de la future directive, les "supports durables" incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ils ne comprennent pas les sites Internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables. Cela signifie qu'on peut considérer comme fournie sur un support durable l'information figurant dans des fichiers téléchargeables sur le disque dur de l'utilisateur à partir de sites web.

Art. 10 et 11. L'article 79, § 1^{er}, 2^o et 3^o, de la LPC et l'article 6, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, exigent la mention d'une clause de (non) renonciation en première page de certains documents.

En soi, la notion de page ne semble guère problématique au regard de certains documents électroniques. En effet, les logiciels de traitement de texte permettent d'organiser un texte en pages et de numéroter ces pages. Ainsi, lorsque la loi exige qu'une information figure en première page d'un document (par exemple du contrat de courtage matrimonial), il n'y a aucune difficulté à rencontrer cette exigence lorsque le document prend la forme d'un

document Word ou PDF, qu'il soit attaché à un courrier électronique ou à télécharger d'un site web.

Par contre, si l'on parle couramment de "page" web sur les réseaux, la présentation de cette dernière diffère de celle d'un document papier ou d'un document électronique issu d'un traitement de texte. En effet, quelle que soit la longueur du texte qu'elle contient, une "page" web (c'est-à-dire un document HTML) n'est pas elle-même divisée en pages. La même observation vaut pour les courriers électroniques.

Certes, on pourrait considérer que l'équivalent de la première page, dans un document web ou un e-mail, serait la première "page écran", c'est-à-dire ce qui s'affiche d'emblée à l'écran lorsque la page web ou l'e-mail apparaît et qui peut être lu sans faire défiler le texte. Toutefois, la notion de "page écran" est fluctuante, en fonction de la taille de l'écran du consommateur, de la taille d'affichage des caractères, de la configuration du navigateur ou du logiciel de courrier électronique, etc. La question de la taille de l'écran est encore plus problématique si l'on envisage que le consommateur peut contracter électroniquement à partir de son GSM, grâce au WAP et à l'UMTS. On note en outre que ces variables échappent au contrôle du professionnel.

En tant que telle, la notion de "première page" ne se retrouve donc pas systématiquement dans l'environnement électronique.

L'objectif du législateur, dans les dispositions concernées, est d'assurer que l'information en question n'échappe en aucun cas à l'attention du consommateur. Toutefois, une interprétation stricte pourrait conduire à penser que l'information doit être présentée d'une manière telle qu'elle s'impose à la vue du consommateur, duquel on ne devrait attendre aucune action pour consulter l'information.

Pareille interprétation pourrait conduire à écarter certains procédés efficaces d'information sur les réseaux. Ainsi, afin d'augmenter la visibilité de la clause de (non) renonciation, le professionnel pourrait placer ostensiblement, en haut du document, un hyperlien explicite, sous forme d'un texte (en gras, clignotant...) du genre "Vous (ne) disposez (pas) d'un droit de renonciation". En cliquant sur l'hyperlien, le consommateur serait automatiquement renvoyé au texte complet de la clause, dans un cadre distinct du texte, en caractères gras. Un tel mode d'information du consommateur serait simple, efficace et adapté à la technologie utilisée pour contracter. Toutefois, selon une interprétation stricte, le procédé pourrait être sujet à caution, étant donné qu'il s'agirait d'un moyen indirect d'information, dépendant de l'action du consommateur, qui devrait cliquer sur l'hyperlien pour pouvoir lire l'entièreté de la clause. Cette méthode pourrait alors être considérée par le juge comme insuffisante au regard de la formalité de la "première page", s'il estimait que le consommateur doit pouvoir être informé sans poser aucune action, en demeurant totalement passif.

Face à l'insécurité juridique régnant autour de l'interprétation de cette formalité, une adaptation des textes concernés est opérée par les articles 10 et 11 de l'arrêté, qui disposent qu'en cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, la clause requise doit apparaître de manière immédiatement perceptible.

Art. 12 à 15. Ces dispositions visent notamment à introduire dans la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds

une définition de la notion de support durable. Voir le commentaire des articles 8 et 9 du présent arrêté.

Art. 16 à 20. Il ressort des articles 10 et 23 de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages que certaines mentions obligatoires du contrat peuvent être remplacées par une simple référence à la brochure de voyages remise au consommateur, si ces informations y figurent. Les informations de la brochure feraient ainsi partie intégrante du contrat.

Au regard de l'importance de ces informations, le support de la brochure n'est pas indifférent. En effet, il semble primordial de permettre au consommateur de se référer à ces clauses contractuelles et de les conserver en vue de les consulter ultérieurement. En pratique, dans un contexte papier, le consommateur signe le contrat dans une agence de voyage où on lui a remis une brochure sur papier, qu'il peut emporter chez lui et consulter à tout moment.

Dès lors, on peut voir en filigrane dans la loi l'exigence d'une brochure sur un support durable, lorsque le contrat ne contient qu'une référence à cette brochure, sans reprendre *in extenso* toutes les informations exigées. Ainsi, le contrat pourrait se contenter d'une référence à la brochure si elle se présentait sous forme électronique, sur un CD-ROM, un DVD, voire sur une disquette, remis au consommateur, ou dans un fichier joint à un courrier électronique. Si un site web ne peut, *a priori*, être considéré comme un support durable, il en va autrement s'il est possible au consommateur de télécharger sur son disque dur, à partir du site du professionnel, un fichier (Word, PDF...) contenant les informations de la brochure.

Toutefois, l'exigence d'un support durable ne ressort pas clairement de ces dispositions, envisagées initialement dans un contexte papier, et pourrait dès lors donner lieu à discussion si la loi n'était pas plus précise sur ce point. Ces pourquoi les articles 16 à 20 du présent arrêté disposent clairement que la mention obligatoire dans le contrat ou dans le bon de commande peut être remplacée par une référence à la page de la brochure contenant ces indications, à condition que celle-ci soit fournie au consommateur sur un support durable, à sa disposition et auquel il a accès. Une définition de la notion de support durable est ajoutée à la loi, à des fins de sécurité juridique.

Ces modifications s'inscrivent dans l'optique de l'article 17, § 3, du projet de loi, dans la mesure où il s'agit de lever une insécurité juridique quant au support sur lequel doit figurer la brochure. En effet, en exigeant un support durable, on n'impose pas une condition supplémentaire dans la loi. A l'origine, le législateur n'avait en tête que les brochures fournies sur catalogues papier, que le consommateur pouvait emporter chez lui et consulter ultérieurement. Dans ce cas, les informations sont fournies sur un support durable. Partant de cette hypothèse, le législateur accorde au professionnel la faculté de remplacer, dans le contrat ou dans le bon de commande, certaines informations obligatoires par une simple référence à la brochure. Il ajoute, pour les mêmes raisons, que les informations contenues dans la brochure font partie du contenu contractuel. En l'absence de support suffisamment durable, ces dispositions n'auraient pas de fondement.

Ces modifications n'empêchent nullement un prestataire d'avoir une activité d'organisateur ou d'intermédiaire de voyages sur un site web et de mettre une brochure de voyages en ligne sous forme de pages web. Simplement, si la brochure ne figure pas sur un support durable, le contrat ou le bon de commande devront reproduire les informations obligatoires, sans pouvoir se contenter d'une référence à la brochure.

Art. 21 et 22. Dans la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, les informations contenues dans le prospectus font partie du contenu contractuel (art. 6 de la loi précitée). Dès lors, elles revêtent une importance particulière pour le consommateur, qui doit pouvoir s'y référer à tout moment, ultérieurement à la conclusion du contrat de *timesharing*. On conclut ici encore que le législateur attend que les informations du prospectus soient fournies sur un support durable.

Dès lors, les remarques qui ont été formulées à l'égard de la brochure de voyages dans le commentaire des articles 16 à 20 du présent arrêté peuvent également s'appliquer au prospectus. Dès lors, un prospectus peut prendre la forme électronique, à condition toutefois d'être fourni sur un support durable.

Art. 23. L'arrêté royal du 30 juin 1996 relatif à l'indication des prix des produits et des services et au bon de commande n'indique nulle part que les contrats à distance ne sont pas soumis à ses dispositions. Il ne prévoit de dispositions spécifiques que pour les offres en vente *“à la résidence du consommateur, à la résidence d'une personne physique autre que l'acheteur, ou au lieu de travail du consommateur”* (art. 4 et 14, § 3), ainsi que le cas où *“le consommateur commande un produit au moyen d'une technique de communication à distance, en dehors d'une offre en vente à distance, telle que visée à l'article 77 [de la LPC]”* (art. 5 et 15). On en déduit que la vente à distance est soumise aux dispositions générales de cet arrêté royal.

Or, l'article 14 de l'arrêté concerné semble exclusivement destiné à réglementer l'indication des prix dans un établissement (magasin, boutique, bureau...) du vendeur. Il dispose en effet que *“Le prix des services homogènes doit être indiqué au moyen d'un tarif apposé d'une manière apparente à un endroit nettement visible de l'extérieur de l'établissement, du local, de l'échoppe ou du véhicule où les services sont offerts en vente (§ 1^{er}). Toutefois, pour les magasins à rayons multiples, le tarif doit au moins être apposé de manière apparente à l'entrée du département ou au rayon concerné (§ 2)”*. Le texte poursuit avec des dispositions spécifiques pour la vente à la résidence du consommateur et pour la vente au moyen d'une technique de communication à distance, *en dehors d'une offre en vente à distance*, mais on ne trouve aucune disposition spécifique à la vente à distance.

Aussi l'article 23 du présent arrêté royal précise-t-il que cette disposition ne s'applique pas à l'offre en vente à distance visée à l'article 77 de la LPC.

Art. 24. L'article 14, alinéa 2, du contrat-type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs du 12 décembre 1992, dispose que *“Les communications et notifications au preneur d'assurance doivent être faites à la dernière adresse connue par la compagnie”*.

Il est évident que la disposition concernée a été envisagée par le législateur dans la seule optique des notifications et communications faites à l'adresse géographique du preneur. Il s'agirait donc d'un obstacle au déroulement du processus contractuel par voie électronique.

Certes, on pourrait, par l'application de la clause transversale générale de l'article 17, § 1^{er}, de la loi, considérer que la notion d'adresse peut s'appliquer également aux adresses de courrier

électronique. Toutefois, une telle assimilation est loin de résoudre le problème et soulève encore de nombreuses interrogations quant à l'interprétation même de la notion de "dernière adresse connue" lorsqu'on dispose à la fois d'une adresse physique et d'une adresse virtuelle.

Au regard de ces incertitudes, le présent article procède à une modification de la loi-type, afin de permettre ouvertement les notifications et communications par courrier électronique, à condition d'avoir obtenu l'accord du preneur, qui communiquerait à l'assureur l'adresse e-mail à laquelle il accepte d'être contacté.

Art. 25 et 26. L'article 3, 13°, de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs dispose que "*Le recto du bon de commande mentionne les données essentielles du contrat de vente, qui comportent au moins les éléments suivants : (...) 13° la mention rédigée en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que 'la vente est conclue aux conditions figurant au verso que l'acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu un exemplaire'*". L'article 4 du même arrêté dispose que le verso du bon de commande mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible.

Or, dans l'environnement numérique, il n'y a ni recto, ni verso. Ou plutôt, il n'y a qu'un recto à tout document électronique, et jamais de verso. En effet, il n'a qu'une seule "face" : celle qui apparaît à l'écran. C'est pourquoi l'article 25 du présent arrêté procède à une adaptation des articles 3, 13°, et 4 de l'arrêté royal concerné.

B. ARRÊTÉ ROYAL

ALBERT II, Roi des Belges,
A tous, présents et à venir, Salut.

Vu la loi du ... relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment l'article 17 ;

Vu la Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") ;

Vu l'avis du Conseil d'Etat ;

Sur la proposition de Notre Ministre de l'Economie,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1^{er}

Lorsqu'une lettre recommandée à la poste est requise [au cours du processus contractuel], cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit l'opérateur.

Art. 2

Dans l'article 7, 1, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, les mots « ou encore à sa demande » sont ajoutés après les mots « ou par celui-ci ».

Art. 3

A l'article 10, alinéa 2, de la même loi, les mots « qui sont pesés ou mesurés en présence du consommateur ou par celui-ci » sont supprimés.

Art. 4

L'article 11 de la même loi est complété par l'alinéa suivant : « L'alinéa précédent n'est pas applicable aux produits vendus en vrac à l'aide d'une technique de communication à distance visée à l'article 77 ».

Art. 5

L'article 51, § 1^{er}, de la même loi est complété par l'alinéa suivant : « Pour l'application de l'alinéa précédent, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un local ».

Art. 6

L'article 54 de la même loi est complété par l'alinéa suivant : « Pour l'application de la présente section, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un établissement ».

Art. 7

L'article 64, 3, de la même loi est complété par l'alinéa suivant : « Pour l'application de la présente disposition, un point de vente accessible sur un réseau de communications électroniques est assimilé à un point de vente ».

Art. 8

L'article 77, § 1^{er}, de la même loi, est complété comme suit : « 5° support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

Art. 9

Dans l'article 79, § 1^{er}, de la même loi, les mots « ou sur un autre support durable » sont remplacés par les mots « et sur un support durable ».

Art. 10

L'article 79, § 1^{er}, est complété par l'alinéa suivant : « Pour l'application des points 2° et 3°, en cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, la clause requise doit apparaître de manière immédiatement perceptible par le consommateur ».

Art. 11

L'article 6, § 1^{er}, 6°, de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial est complété comme suit : « En cas d'impossibilité pratique de satisfaire à l'exigence d'une mention en première page, cette clause de renonciation doit apparaître dans le contrat de manière immédiatement perceptible par le client ».

Art. 12

L'article 2 de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds est complété comme suit : « 6° support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

Art. 13

Dans l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2 de la même loi, les mots « par écrit ou sur un support durable » sont remplacés par « par écrit et sur un support durable ».

Art. 14

Dans l'article 5, § 1^{er}, de la même loi, les mots « par écrit ou sur un support durable » sont remplacés par « par écrit et sur un support durable ».

Art. 15

Dans l'article 5, § 4, de la même loi, les mots « par écrit ou sur un support durable » sont remplacés par « par écrit et sur un support durable ».

Art. 16

L'article 1^{er} de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages est complété comme suit : « 6° support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

Art. 17

L'article 10, § 1^{er}, 14°, de la même loi est complété comme suit : « à condition que celle-ci soit mise à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès ».

Art. 18

Dans l'article 10, § 3, de la même loi, les mots « à condition qu'ils soient mis à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès » sont insérés entre les mots « bon de commande » et « ; toute modification du programme ».

Art. 19

L'article 23, § 2, 14°, de la même loi est complété comme suit : « à condition que celle-ci soit mise à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès ».

Art. 20

Dans l'article 23, § 3, alinéa 2, de la même loi, les mots « à condition qu'ils soient mis à la disposition du consommateur sur un support durable auquel il a accès » sont insérés entre les mots « bon de commande » et « ; toute modification ».

Art. 21

L'article 2 de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé est complété comme suit : « 9° support durable : tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ».

Art. 22

Dans l'article 5 de la même loi, les mots « sur un support durable » sont insérés entre les mots « gratuitement » et « et avant la conclusion du contrat ».

Art. 23

Dans l'article 14 de l'arrêté royal du 30 juin 1996 relatif à l'indication des prix des produits et des services et au bon de commande, il est inséré un § 4, rédigé comme suit : « La présente disposition ne s'applique pas à l'offre en vente à distance visée à l'article 77 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ».

Art. 24

L'article 14 du contrat-type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs du 12 décembre 1992, est complété comme suit : « Les communications et notifications visées à l'alinéa précédent peuvent être faites par courrier électronique, avec l'accord du preneur, à l'adresse indiquée par celui-ci ».

Art. 25

L'article 3, 13°, de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs est complété comme suit : « Lorsque le bon de commande se présente sous forme électronique, il mentionne, en caractères gras, dans un cadre distinct du texte, que « la vente est conclue aux conditions ci-après, que l'acheteur déclare avoir lues et acceptées et dont il reconnaît avoir reçu copie » ; ».

Art. 26

Dans l'article 4, alinéa 1^{er}, du même arrêté, il est inséré le texte suivant : « Lorsque ce document se présente sous forme électronique, il mentionne les conditions générales de vente, d'une manière permettant à l'acheteur d'en prendre facilement et directement connaissance, de les conserver et de les reproduire. » entre les mots « lisible » et « Ces conditions ».

Art. 27

Le présent arrêté entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Art. 28

Notre Ministre des Affaires économiques est chargé de l'exécution du présent arrêté.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	3
Introduction	8
Partie I. Analyse de l'article 17 du projet de loi.....	11
I. LA CLAUSE TRANSVERSALE GÉNÉRALE (art. 17, § 1^{er}).....	12
A. Typologie des exigences de forme	12
1. Classification des formalités en fonction de leur objet.....	13
a) <i>Exigences relatives à l'écrit et à son support</i>	<i>13</i>
b) <i>Exigences relatives à la localisation et à la présence des parties</i>	<i>13</i>
c) <i>Exigences relatives à l'implication de tiers</i>	<i>14</i>
d) <i>Exigences relatives à la remise de la chose qui fait l'objet de contrat.....</i>	<i>14</i>
2. Classification par finalité.....	14
a) <i>Le formalisme de validité.....</i>	<i>15</i>
b) <i>Le formalisme probatoire</i>	<i>15</i>
c) <i>Le formalisme de publicité</i>	<i>16</i>
d) <i>Le formalisme fiscal.....</i>	<i>17</i>
e) <i>Le formalisme administratif.....</i>	<i>17</i>
f) <i>Le formalisme informatif</i>	<i>18</i>
B. Exclusion de certaines catégories de contrats (art. 18)	20
C. Exigences de forme relatives au processus contractuel.....	21
1. <i>Conception extensive de la notion de processus contractuel.....</i>	<i>21</i>
2. <i>Limitation aux exigences de forme relatives au processus contractuel.....</i>	<i>23</i>
D. Exigences de forme constitutives d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique pour contracter	24
E. Approche fonctionnelle	26
1. <i>Une conception nouvelle du formalisme.....</i>	<i>27</i>
2. <i>Une approche limitée aux contrats conclus par voie électronique.....</i>	<i>28</i>
3. <i>Distinction entre l'approche fonctionnelle et le retour au consensualisme</i>	<i>29</i>
4. <i>La recherche des qualités fonctionnelles d'une formalité.....</i>	<i>30</i>
5. <i>La distinction entre la fin et les moyens.....</i>	<i>32</i>
F. Application : l'exigence de datation selon l'approche fonctionnelle.....	34
II. LES CLAUSES TRANSVERSALES PARTICULIÈRES (art. 17, § 2)	37
A. La clause transversale relative à l'écrit.....	37
1. <i>Distinction entre l'écrit et son support</i>	<i>38</i>
2. <i>L'écrit comme exigence minimale.....</i>	<i>38</i>
3. <i>Les qualités fonctionnelles minimales de l'écrit : lisibilité et stabilité.....</i>	<i>39</i>
4. <i>Les qualités supplémentaires de l'écrit.....</i>	<i>40</i>
5. <i>L'écrit et les documents du processus contractuel.....</i>	<i>40</i>
B. La clause relative à la signature	41
1. <i>Pourquoi cette clause transversale ?</i>	<i>43</i>
2. <i>Analyse de la clause transversale</i>	<i>44</i>
C. La clause relative aux mentions manuscrites.....	45

1. <i>L'exigence de mentions manuscrites face à l'évolution des techniques d'écriture..</i>	45
2. <i>Les mentions manuscrites et la signature</i>	46
III. LA DÉLÉGATION AU ROI (art. 17, § 3).....	47
A. Portée de la délégation	47
1. <i>Obstacles non couverts par les clauses transversales</i>	47
2. <i>Exclusions de certaines catégories de contrats (art. 18).....</i>	47
3. <i>Dispositions relatives au processus contractuel.....</i>	47
4. <i>Délégation non limitée aux exigences de forme.....</i>	48
B. Pouvoirs du Roi.....	48
1. <i>Adaptation des dispositions aux contrats conclus par voie électronique.....</i>	49
2. <i>Etablissement de régimes dérogatoires pour les contrats conclus par voie électronique</i>	49

Partie II. Analyse des dispositions législatives et réglementaires de la compétence du Ministre des Affaires économiques51

I. DÉTERMINATION DES DISPOSITIONS RELEVANT DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI	52
A. Dispositions exclues du champ d'application de l'article 17	52
1. <i>Loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis.....</i>	52
2. <i>Loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.....</i>	53
3. <i>Loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.....</i>	53
4. <i>Législation sur les marques, dessins et modèles</i>	53
5. <i>Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention (BI).....</i>	54
6. <i>Réglementations relatives au contrôle de certaines professions et aux procédures d'immatriculation, d'agrément, d'inscription, ou d'enregistrement de certains professionnels.....</i>	54
7. <i>Procédures de règlement transactionnel des infractions à certaines lois (ARTILPC, ARTIC)</i>	54
8. <i>Les ventes publiques et les ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise du vendeur dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPC).....</i>	55
B. Observations particulières relatives à certaines dispositions relevant du champ d'application de l'article 17	55
1. <i>Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ("timesharing")</i>	55
2. <i>AR du 30 juin 1996 relatif à l'indication du prix des produits et des services et au bon de commande (ARPBC).....</i>	56
3. <i>AR du 23 mars 1995 relatif à l'indication des tarifs des services financiers homogènes (ARSFH).....</i>	57
a) <i>Directive européenne sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.....</i>	58
b) <i>Comparaison des champs d'application respectifs de l'ARSFH et de la directive sur les services financiers à distance</i>	58
c) <i>Application des dispositions de l'ARSFH aux contrats à distance</i>	59
4. <i>AR du 6 septembre 1993 portant des modalités particulières pour la vente à distance de certains produits ou catégories de produits (ARVAD).....</i>	60
5. <i>AR du 5 septembre 2001 concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO2 à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation de voitures particulières neuves (ARCO2).....</i>	60

II. EXAMEN AU REGARD DE L'ARTICLE 17 DU PROJET DE LOI	62
A. Ecrit	62
1. <i>Offre par écrit</i>	62
2. <i>Ecrit ad validitatem</i>	63
3. <i>Ecrit ad probationem</i>	63
4. <i>Ecrit à des fins d'opposabilité</i>	64
5. <i>Ecrit à des fins d'information</i>	64
B. Equivalents de l'écrit	66
1. <i>Par écrit ou au moyen de tout autre support</i>	66
2. <i>Par écrit ou sur un (autre) support durable</i>	66
3. <i>Liste de moyens équivalents</i>	68
C. Formalités relatives à la signature	70
1. <i>La prévention du blanc seing</i>	70
2. <i>La police d'assurance présignée</i>	72
D. Formalité de datation	74
E. Mentions manuscrites	77
1. <i>La mention manuscrite "précédant" la signature</i>	77
2. <i>La mention manuscrite de la date</i>	78
F. Formalités relatives au recommandé	79
<i>Lettre recommandée</i>	79
<i>Lettre recommandée à la poste</i>	79
<i>Dépôt à la poste de la lettre recommandée</i>	81
<i>Remise d'une lettre contre récépissé</i>	82
<i>Envoi recommandé</i>	82
<i>Forme recommandée de l'écrit</i>	82
G. Formalités relatives au support	87
1. <i>Affiches</i>	87
2. <i>Enveloppe</i>	88
3. <i>Lettre</i>	88
4. <i>Page</i>	89
a) <i>Première page</i>	89
b) <i>Indication d'un numéro de page</i>	92
5. <i>Support durable</i>	93
6. <i>Support matériel</i>	94
H. Formalités relatives à l'emploi de certains documents	95
1. <i>Avenant</i>	95
2. <i>Bon de commande</i>	95
3. <i>Brochure</i>	96
a) <i>Support de la brochure</i>	96
b) <i>Référence à la brochure dans le contrat</i>	96
c) <i>Editeur de la brochure</i>	99
4. <i>Document</i>	99
5. <i>Extrait de compte</i>	100
6. <i>Formulaire</i>	101
7. <i>Guide</i>	101
8. <i>Prospectus</i>	103
a) <i>Le support du prospectus</i>	103
b) <i>L'exigence d'un prospectus dans l'ARSFH</i>	103
I. Formalités relatives aux copies et exemplaires	105
1. <i>Copie certifiée conforme</i>	105
2. <i>Remise d'un ou de plusieurs exemplaires</i>	106

J. Formalités relatives à la localisation.....	106
1. <i>Domicile ou résidence du consommateur, ou son lieu de travail.....</i>	<i>106</i>
2. <i>Etablissement.....</i>	<i>107</i>
3. <i>Locaux.....</i>	<i>109</i>
a) <i>Ventes en liquidation.....</i>	<i>109</i>
b) <i>Ventes en solde.....</i>	<i>109</i>
4. <i>Point de vente.....</i>	<i>110</i>
5. <i>A proximité du produit.....</i>	<i>111</i>
6. <i>Notification à la dernière adresse connue.....</i>	<i>111</i>
7. <i>Région linguistique où les produits ou les services sont mis sur le marché.....</i>	<i>112</i>
K. Formalités relatives à la présence des parties.....	113
L. Examen de certains termes ou expressions.....	115
1. <i>Cachet.....</i>	<i>115</i>
2. <i>Délivrer, remettre, remise.....</i>	<i>115</i>
3. <i>Frais postaux.....</i>	<i>115</i>
4. <i>Mise en page du texte.....</i>	<i>116</i>
5. <i>Recto d'un document.....</i>	<i>117</i>
6. <i>Verso d'un document.....</i>	<i>118</i>
III. PROPOSITION DE MODIFICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DE LA COMPÉTENCE DU MINISTRE DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES	119
A. <i>Modifications envisageables dans le cadre de l'article 17, § 3.....</i>	<i>119</i>
B. <i>Modifications suggérées hors du cadre de l'article 17, § 3</i>	<i>124</i>
1. <i>Abrogation de l'arrêté royal du 6 septembre 1993 portant des modalités particulières pour la vente à distance de certains produits ou catégories de produits.....</i>	<i>124</i>
2. <i>Modification en vue d'améliorer la protection du consommateur sur les réseaux.....</i>	<i>124</i>
3. <i>Modifications ayant pour but de mettre certaines dispositions en cohérence par rapport à la notion d'écrit envisagée dans le projet de loi.....</i>	<i>125</i>
 Partie III. Arrêté royal portant adaptation de diverses dispositions législatives et réglementaires constituant un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.....	126
 A. RAPPORT AU ROI	127
B. ARRÊTÉ ROYAL	135
 Table des matières.....	139